بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

الْحُرِّيَّةِ أَعْنِي انعقد (((العقد))) سَبَبُ ثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ من غَيْرِ ثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ أَصْلًا وَهَذَا حَقُّهُ وَلَهُ فيه حَقٌّ وَالْبَيَانُ طَرِيقُ اسْتِيفَاءِ هذا الْحَقِّ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبِيلٍ من الْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ بِالْبَيَانِ
وَإِنَّمَا كان الْبَيَانُ إلَى الْمَوْلَى لِأَنَّ الْإِجْمَالَ منه فَكَانَ الْبَيَانُ إلَيْهِ كما في بَيَانِ الْمُجْمَلِ وَالْمُشْتَرَكِ في النُّصُوصِ وَكَمَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ مَجْهُولٍ أو بَاعَ قَفِيزًا من صُبْرَةٍ كان الْبَيَانُ إلَيْهِ كَذَا هذا
ثُمَّ الْبَيَانُ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ وَضَرُورَةٌ أَمَّا النَّصُّ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْمَوْلَى لِأَحَدِهِمَا عَيْنًا إيَّاكَ عَنَيْتُ أو نَوَيْتُ أو أَرَدْتُ بِذَلِكَ اللَّفْظِ الذي ذَكَرْت أو اخْتَرْتُ أَنْ تَكُونَ حُرًّا بِاللَّفْظِ الذي قلت أو أنت حُرٌّ بِذَلِكَ اللَّفْظِ الذي قلت أو بِذَلِكَ الْإِعْتَاقِ أو أَعْتَقْتُكَ بِالْعِتْقِ السَّابِقِ وَغَيْرِ ذلك من الْأَلْفَاظِ فَلَوْ قال أنت حُرٌّ أو أَعْتَقْتُكَ بِالْعِتْقِ السَّابِقِ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ عِتْقًا مُسْتَأْنَفًا عَتَقَا جميعا هذا بِالْإِعْتَاقِ الْمُسْتَأْنَفِ وَذَاكَ بِاللَّفْظِ السَّابِقِ لِأَنَّ إنْشَاءَ الْعِتْقِ في أَحَدِهِمَا قبل الِاخْتِيَارِ اخْتِيَارُ الْعِتْقِ في الْآخَرِ دَلَالَةً لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ قال عَنَيْتُ بِهِ الذي لَزِمَنِي بِقَوْلِي أَحَدُكُمَا حُرٌّ يُصَدَّقُ في الْقَضَاءِ وَيُحْمَلُ قَوْلُهُ أَعْتَقْتُكَ على اخْتِيَارِ الْعِتْقِ أَيْ اخْتَرْتُ عِتْقَكَ
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ أَنْ يُخْرِجَ الْمَوْلَى أَحَدَهُمَا عن مِلْكِهِ بِالْبَيْعِ أو بِالْهِبَةِ أو بِالصَّدَقَةِ أو بِإِنْشَاءِ الْعِتْقِ أو يَرْهَنَ أَحَدَهُمَا أو يُؤَاجِرَ أو يُكَاتِبَ أو يُدَبِّرَ أو يَسْتَوْلِدَ إنْ كانت أَمَةً لِأَنَّ الْأَصْلَ إن من خُيِّرَ بين أَمْرَيْنِ فَفَعَلَ ما يُسْتَدَلُّ بِهِ على اخْتِيَارِهِ أَحَدَهُمَا يُجْعَلُ ذلك اخْتِيَارًا منه دَلَالَةً وَيَقُومُ ذلك مَقَامَ النَّصِّ كَأَنَّهُ قال اخْتَرْتُ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لِبَرِيرَةَ إنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ لِمَا أَنَّ تَمْكِينَهَا زَوْجَهَا من الْوَطْءِ دَلِيلُ اخْتِيَارِهَا زَوْجَهَا لَا نَفْسَهَا فَصَارَ هذا أَصْلًا في الْبَابِ
وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ كُلُّهَا في أَحَدِهِمَا دَلِيلُ اخْتِيَارِ الْعِتْقِ في الْآخَرِ لِأَنَّ منها ما يُنَافِي اخْتِيَارَ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ في الْمُتَصَرَّفِ فيه وَهِيَ التَّصَرُّفَاتُ الْمُزِيلَةُ لِلْمِلْكِ وَمِنْهَا ما لَا يُنَافِي اخْتِيَارَ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ في الْمُتَصَرَّفِ فيه لَكِنَّ اخْتِيَارَ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فيه يُبْطِلُهُ وهو الرَّهْنُ وَالْإِجَارَةُ وَالْكِتَابَةُ وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ وَالْعَاقِلُ يَقْصِدُ صِحَّةَ تَصَرُّفَاتِهِ وَسَلَامَتِهَا عن الِانْتِقَاضِ وَالْبُطْلَانِ فَكَانَ إقْدَامُهُ على كِلَا النَّوْعَيْنِ من التَّصَرُّفَاتِ في أَحَدِهِمَا دَلِيلًا على اخْتِيَارِهِ الْعِتْقَ الْمُبْهَمَ في الْآخَرِ وَاخْتِيَارُهُ الْعِتْقَ الْمُبْهَمَ في أَحَدِهِمَا عَيْنًا شَرْطٌ لِنُزُولِ الْعِتْقِ فيه بِالْكَلَامِ السَّابِقِ

وَهَذَا التَّخْرِيجُ على قَوْلِ من يقول أن الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ في الْعَيْنِ فِيهِمَا فَأَمَّا على قَوْلِ من يقول بِنُزُولِ الْعِتْقِ في أَحَدِهِمَا غَيْرُ عَيْنٍ فَهُوَ أَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لَا صِحَّةَ لها بِدُونِ الْمِلْكِ فَالْإِقْدَامُ عليها يَكُونُ اخْتِيَارًا لِلْمِلْكِ في الْمُتَصَرَّفِ فيه فَتَعَيَّنَ الْآخَرُ فَيُعْتَقُ ضَرُورَةً من غَيْرِ اخْتِيَارِ الْمَوْلَى نَصًّا وَدَلَالَةً كما إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قبل الِاخْتِيَارِ أو قُتِلَ وَسَوَاءٌ كان الْبَيْعُ بَتًّا أو فيه خِيَارٌ لِلْبَائِعِ أو لِلْمُشْتَرِي

أَمَّا على مَذْهَبِ التَّنْجِيزِ فَلِأَنَّهُ لَا صِحَّةَ لِلْبَيْعِ إلَّا بِالْمِلْكِ فَكَانَ إقْدَامُهُ على بَيْعِ أَحَدِهِمَا اخْتِيَارًا إيَّاهُ لِلْمِلْكِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً

وَأَمَّا على مَذْهَبِ التَّعْلِيقِ أَمَّا خِيَارُ الْمُشْتَرِي فَلَا يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ بِلَا خِلَافٍ فينافي اخْتِيَارِ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فيه وَأَمَّا اخْتِيَارُ الْبَائِعِ فَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ يُبْطِلُ شَرْطَ الْخِيَارِ

وَسَوَاءٌ كان الْبَيْعُ صَحِيحًا أو فَاسِدًا إذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ وَقَعَ مُزِيلًا لِلْمِلْكِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ دَلَالَةً أو ضَرُورَةً

وَأَمَّا إذَا لم يَقْبِضْ فَقَدْ ذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا بَيْعًا فَاسِدًا وَقَبَضَ الْمُشْتَرِي عَتَقَ الْبَاقِي ولم يذكر أَنَّهُ إذَا لم يَقْبِضْ مَاذَا حُكْمُهُ

وَهَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْإِمْلَاءِ إذَا وَهَبَ أَحَدَهُمَا وَأَقْبَضَهُ أو تَصَدَّقَ وَأَقْبَضَ عَتَقَ الْآخَرُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَنَا ولم يذكر حَالَ عَدَمِ الْقَبْضِ

وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ أَنَّ الْقَبْضَ ليس بِشَرْطٍ وَيَتَعَيَّنُ الْعِتْقُ في الْآخَرِ سَوَاءٌ قَبَضَ الْمُشْتَرِي أو لم يَقْبِضْ وَهَكَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ وقال قد ظَهَرَ الْقَوْلُ من أَصْحَابِنَا أَنَّهُ إذَا سَاوَمَ بِأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ وَقَعَ الْعِتْقُ في الْآخَرِ

وَهَكَذَا رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لو أَوْصَى بِأَحَدِهِمَا أو سَاوَمَ عَتَقَ الْآخَرُ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمُسَاوَمَةَ دُونَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَالسَّوْمُ لَمَّا كان بَيَانًا فَالْبَيْعُ أَوْلَى

وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ ذِكْرَ الْقَبْضِ في الْأَصْلِ ليس على سَبِيلِ الشَّرْطِ بَلْ وَقَعَ ذِكْرُهُ اتِّفَاقًا أو إشْعَارًا أَنَّهُ مع الْقَبْضِ من التَّصَرُّفَاتِ الْمُزِيلَةِ لِلْمِلْكِ

وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا بِشَرْطٍ بِأَنْ قال له إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ الْآخَرُ أَمَّا على مَذْهَبِ التَّنْجِيزِ فَلِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِمَا سِوَى الْمِلْكِ وَسَبَبِهِ لَا يَصِحُّ إلَّا في الْمِلْكِ فَكَانَ الْإِقْدَامُ على تَعْلِيقِ عِتْقِهِ اخْتِيَارًا لِلْمِلْكِ فيه فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً

كما لو نَجَزَ الْعِتْقُ في أَحَدِهِمَا

وَأَمَّا على مَذْهَبِ التَّعْلِيقِ فَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فيه يُبْطِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَصَارَ كما لو دَبَّرَ أَحَدَهُمَا

وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا قال لِأَحَدِهِمَا إنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ قال أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ دخل الذي عَلَّقَ عِتْقَهُ بِدُخُولِ الدَّارِ حتى عتق عَتَقَ الْآخَرُ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى زَالَ عن أَحَدِهِمَا لِسَبَبٍ من جِهَتِهِ فَصَارَ كما لو أَعْتَقَهُ ابْتِدَاءً أو بَاعَهُ وَلَوْ كان الْمَمْلُوكَانِ أُخْتَيْنِ فوطىء (((فوطئ))) الْمَوْلَى إحْدَاهُمَا فَإِنْ عَلِقَتْ منه عَتَقَتْ الْأُخْرَى بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له وقد ذَكَرْنَا أَنَّ الِاسْتِيلَادَ يَكُونُ مُعِينًا لِلْعِتْقِ في الْأُخْرَى وَإِنْ لم تَعْلَقْ لَا تُعْتَقُ الْأُخْرَى في قَوْلِ

أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ تُعْتَقُ
وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال وَكَذَلِكَ لو قَبَّلَ إحْدَاهُمَا بِشَهْوَةٍ أو لَمَسَ بِشَهْوَةٍ أو نَظَرَ إلَى فَرْجِهَا عن شَهْوَةٍ وَلَوْ اسْتَخْدَمَ إحْدَاهُمَا لَا تُعْتَقُ الْأُخْرَى في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الِاسْتِخْدَامَ تَصَرُّفٌ لَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ إذْ قد يَسْتَخْدِمُ الْحُرَّةَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ من حَالِ الْعَاقِلِ الْمُتَدَيِّنِ الْإِقْدَامُ على الْوَطْءِ الْحَلَالِ لَا الْحَرَامِ وَحِلُّ الْوَطْءِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِأَحَدِ نَوْعَيْ الْمِلْكِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا مِلْكُ النِّكَاحِ فَتَعَيَّنَ مِلْكُ الْيَمِينِ لِلْحِلِّ وإذا تَعَيَّنَتْ الموطوأة (((الموطوءة))) لِلْمِلْكِ تَعَيَّنَتْ الْأُخْرَى لِلْعِتْقِ وَلِأَنَّ الْوَطْءَ لو لم يُجْعَلْ بَيَانًا فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَقَعَ اخْتِيَارُهُ على الموطوأة (((الموطوءة))) فَيَتَبَيَّنُ أَنَّهُ وطىء حُرَّةً من غَيْرِ نِكَاحٍ فَيُجْعَلُ الْوَطْءُ بَيَانًا ضَرُورَةَ التَّحَرُّجِ عن الْحَرَامِ حَالًا وَمَآلًا حتى لو قال إحْدَاكُمَا مُدَبَّرَةٌ ثُمَّ وطىء إحْدَاهُمَا لَا يَكُونُ بَيَانًا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الِاسْتِمْتَاعِ فَلَا حَاجَةَ إلَى التَّحَرُّزِ بِالْبَيَانِ وَلِهَذَا جَعَلَ الْوَطْءَ بَيَانًا في الطَّلَاقِ الْمُبْهَمِ حتى لو قال لِامْرَأَتَيْهِ إحْدَاكُمَا طَالِقٌ فوطىء (((فوطئ))) إحْدَاهُمَا طَلُقَتْ الْأُخْرَى كَذَا هَهُنَا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَوْنَ الْوَطْءِ بَيَانًا لِلْعِتْقِ في غَيْرِ الموطوأة (((الموطوءة))) يَسْتَدْعِي نُزُولَ الْعِتْقِ لِيَكُونَ الْعِتْقُ تَعْيِينًا لِلْمُعْتَقَةِ مِنْهُمَا وَالْعِتْقُ بِالْكَلَامِ السَّابِقِ غَيْرُ نَازِلٍ لِمَا بَيَّنَّا من الدَّلَائِلِ وَهَكَذَا نَقُولُ في الطَّلَاقِ الْمُبْهَمِ أنه غَيْرُ وَاقِعٍ في غَيْرِ الْمُعَيَّنِ مِنْهُمَا بَلْ هو مُعَلَّقٌ بِشَرْطِ الِاخْتِيَارِ إلَّا أَنَّ هُنَاكَ جَعَلَ الْوَطْءَ دَلَالَةَ الِاخْتِيَارِ ولم يُجْعَلْ هَهُنَا لِأَنَّ الْوَطْءَ في بَابِ النِّكَاحِ مُسْتَحَقٌّ على الزَّوْجِ شَرْعًا لِقَوْلِهِ عز وجل { فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ } قِيلَ في التَّفْسِيرِ أن الْإِمْسَاكَ بِالْمَعْرُوفِ هو الْوَطْءُ وَالنَّفَقَةُ وإذا كان الْوَطْءُ مُسْتَحَقًّا بِالنِّكَاحِ عِنْدَ اخْتِيَارِ الْإِمْسَاكِ فإذا قَصَدَ وَطْءَ إحْدَاهُمَا صَارَ مُخْتَارًا لِإِمْسَاكِهَا فَيَلْزَمُهُ إيفَاءُ الْمُسْتَحَقِّ شَرْعًا ضَرُورَةَ اخْتِيَارِ الْإِمْسَاكِ فَيَصِيرُ مُخْتَارًا طَلَاقَ الْأُخْرَى وَالْوَطْءُ في الْأَمَةِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِحَالٍ فَلَا يَكُونُ وَطْءُ إحْدَاهُمَا اخْتِيَارًا لِلْعِتْقِ في الْأُخْرَى لو صَارَ مُخْتَارًا لِلْإِمْسَاكِ إنَّمَا يَصِيرُ لِيَقَعَ وَطْؤُهُ حَلَالًا تَحَرُّجًا عن الْحُرْمَةِ وَوَطْؤُهُ إيَّاهُمَا جميعا حَلَالٌ وَبِاخْتِيَارِ إحْدَاهُمَا لَا يَظْهَرُ أَنَّ وَطْءَ الموطوأة (((الموطوءة))) كان حَرَامًا لِأَنَّ الْعِتْقَ ثَبَتَ حَالَ الِاخْتِيَارِ مَقْصُورًا عليها
وَأَمَّا الضَّرُورَةُ فَنَحْوُ أَنْ يَمُوتَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ قبل الِاخْتِيَارِ فَيُعْتَقُ الْآخَرُ لِأَنَّهُ بِالْمَوْتِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَحِلًّا لِاخْتِيَارِ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ فَتَعَيَّنَ الْآخَرُ ضَرُورَةً من غَيْرِ تَعْيِينِ الْمَوْلَى لَا نَصًّا وَلَا دَلَالَةً وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ إذْ لو كان نَازِلًا لَمَا تَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لِلضَّرُورَةِ وَهِيَ ضَرُورَةُ عَدَمِ الْمَحِلِّ وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّ الْمَيِّتَ كان مَحِلًّا لِلْبَيَانِ إذْ الْبَيَانُ تَعْيِينٌ لِمَنْ وَقَعَ عليه الْعِتْقُ بِالْإِيجَابِ السَّابِقِ وَقْتَ وُجُودِهِ وكان حَيًّا في ذلك الْوَقْتِ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا أَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي يَتَعَيَّنُ في الْمَيِّتِ مِنْهُمَا وَلَا يَتَعَيَّنُ في الْحَيِّ لِأَنَّ هُنَاكَ وُجِدَ الْمُسْقِطُ لِلْخِيَارِ في الْمَيِّتِ قبل الْمَوْتِ وهو حُدُوثُ الْعَيْبِ فيه إذْ الْمَوْتُ لَا يَخْلُو عن مُقَدِّمَةِ مَرَضٍ عَادَةً فَحُدُوثُ الْعَيْبِ فيه يُبْطِلُ خِيَارَ الْمُشْتَرِي فيه فَيَتَعَيَّنُ بِالْبَيْعِ فَيَتَعَيَّنُ الْحَيُّ لِلرَّدِّ
وَهَهُنَا حُدُوثُ الْعَيْبِ في أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ تَعْيِينَهُ لِلْمِلْكِ قبل الْمَوْتِ فَيَتَعَيَّنُ لِلْمَوْتِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً بِخِلَافِ ما إذَا قال أَحَدُ هَذَيْنِ ابْنِي أو أَحَدُ هَاتَيْنِ أُمُّ وَلَدَيْ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا لم يَتَعَيَّنْ الْآخَرُ لِلْحُرِّيَّةِ وَالِاسْتِيلَادِ كَذَا رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَحَدُ هَاتَيْنِ أُمُّ وَلَدِي أو أَحَدُ هَذَيْنِ ابْنِي ليس

بِإِنْشَاءٍ بَلْ هو إخْبَارٌ عن أَمْرٍ سَابِقٍ وَالْإِخْبَارُ يَصِحُّ في الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ فَيَقِفُ على بَيَانِهِ
وَقَوْلُهُ أَحَدُكُمَا حُرٌّ أو أَحَدُ هَذَيْنِ حُرٌّ إنْشَاءٌ لِلْحُرِّيَّةِ في أَحَدِهِمَا وَالْإِنْشَاءُ لَا يَصِحُّ إلَّا في الْحَيِّ فإذا مَاتَ أَحَدُهُمَا تَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْحُرِّيَّةِ وَكَذَا إذَا قُتِلَ أَحَدُهُمَا سَوَاءٌ قَتَلَهُ الْمَوْلَى أو أَجْنَبِيٌّ لِمَا قُلْنَا غير أَنَّ الْقَتْلَ إنْ كان من الْمَوْلَى فَلَا شَيْءَ عليه وَإِنْ كان من الْأَجْنَبِيِّ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ لِلْمَوْلَى
فَإِنْ اخْتَارَ الْمَوْلَى عِتْقَ الْمَقْتُولِ لَا يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ عن الْحَيِّ وَلَكِنْ قِيمَةُ الْمَقْتُولِ

(4/104)

تَكُونُ لِوَرَثَتِهِ لِأَنَّ الْمَوْلَى قد أَقَرَّ بِحُرِّيَّتِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ شيئا من قِيمَتِهِ فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ أَحَدِهِمَا لَا يُعْتَقُ الْآخَرُ سَوَاءٌ كان الْقَطْعُ من الْمَوْلَى أو من أَجْنَبِيٍّ لِأَنَّ الْقَطْعَ لَا يَقْطَعُ خِيَارَ الْمَوْلَى لِبَقَاءِ مَحَلِّ الْخِيَارِ بِخِلَافِ الْقَتْلِ فَإِنْ قَطَعَ أَجْنَبِيٌّ يَدَ أَحَدِهِمَا ثُمَّ بَيَّنَ الْمَوْلَى الْعِتْقَ فَإِنْ بَيَّنَهُ في غَيْرِ الْمَجْنِيِّ عليه فَالْأَرْشُ لِلْمَوْلَى بِلَا شَكٍّ وَإِنْ بَيَّنَهُ في الْمَجْنِيِّ عليه ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ في شَرْحِهِ أَنَّ الْأَرْشَ لِلْمَوْلَى أَيْضًا وَلَا شَيْءَ لِلْمَجْنِيِّ عليه من الْأَرْشِ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أن الْأَرْشَ يَكُونُ لِلْمَجْنِيِّ عليه وَهَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إذَا قَطَعَ الْمَوْلَى ثُمَّ بَيَّنَ الْعِتْقَ أَنَّهُ إنْ بَيَّنَهُ في الْمَجْنِيِّ عليه يَجِبُ عليه أَرْشُ الْأَحْرَارِ وَيَكُونُ لِلْعَبْدِ وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ أَقَرَّ على نَفْسِهِ بِأَنَّهُ جَنَى على حُرٍّ وَإِنْ بَيَّنَهُ في غَيْرِ الْمَجْنِيِّ عليه فَلَا شَيْءَ على الْمَوْلَى ولم يذكر الْقُدُورِيُّ هذا الْفَصْلَ وَإِنَّمَا ذَكَرَ فَصْلَ الْأَجْنَبِيِّ
وما ذَكَرَهُ الْقَاضِي قِيَاسُ مَذْهَبِ التَّنْجِيزِ لِأَنَّ الْبَيَانَ يَكُونُ تَعْيِينًا لِمَنْ وَقَعَ عليه الْعِتْقُ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّهُ كان حُرًّا وَقْتَ وُرُودِ الْجِنَايَةِ عليه فَيُوجِبُ أَرْشَ الْأَحْرَارِ على الْمَوْلَى لِلْعَبْدِ
وما ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ قِيَاسُ مَذْهَبِ التَّعْلِيقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ ثَبَتَ وَقْتَ الِاخْتِيَارِ مَقْصُورًا عليه فَلَا يَظْهَرُ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ صَادَفَتْ يَدَ حُرٍّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ قال عَبْدِي حُرٌّ وَلَيْسَ له إلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ عَتَقَ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ بِالْإِيجَابِ فَانْصَرَفَ إلَيْهِ فَإِنْ قال لي عَبْدٌ آخَرُ عَنَيْتُهُ لم يُصَدَّقْ في الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ إذَا لم يُعْرَفْ له عَبْدٌ آخَرُ انْصَرَفَ إيجَابُهُ إلَى هذا الْعَبْدِ ظَاهِرًا فَلَا يُصَدَّقُ في الْعُدُولِ عن الظَّاهِرِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ تَقُومُ على أَنَّ له عَبْدًا آخَرَ وَيُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عز وجل لِأَنَّهُ نَوَى ما يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ وَلَوْ قال أَحَدُ عَبِيدِي حُرٌّ أو أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ وَلَيْسَ له إلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ عَتَقَ لِأَنَّ لَفْظَةَ أَحَدُ لَا تَقْتَضِي آحَادًا
أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَوْصُوفٌ بِأَنَّهُ أَحَدٌ قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { قُلْ هو اللَّهُ أَحَدٌ } وَلَا مِثْلَ له وَلَا شَرِيكَ وَلَا أَحَدَ غَيْرُهُ في الْأَزَلِ
وَرَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ كان له ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ فقال أَحَدُ عَبِيدِي حُرٌّ أَحَدُ عَبِيدِي حُرٌّ أَحَدُ عَبِيدِي حُرٌّ قال ذلك ثَلَاثًا عَتَقُوا لِأَنَّ أَحَدَهُمْ عَتَقَ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ أَحَدُ عَبِيدِهِ وَعَتَقَ الْآخَرُ بِاللَّفْظِ الثَّانِي لِهَذَا الْمَعْنَى وقد بَقِيَ له عَبْدَانِ فَيُعْتَقُ أَحَدَهُمَا وَعَتَقَ الثَّالِثُ بِاللَّفْظِ الثَّالِثِ وَإِنْ لم يَبْقَ إلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ كما لو قال ابْتِدَاءً أَحَدُ عَبِيدِي حُرٌّ وَلَيْسَ له إلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ
وَلَوْ قال أحدكم حُرٌّ أحدكم حُرٌّ أحدكم حُرٌّ لم يُعْتَقْ إلَّا وَاحِدٌ لِأَنَّ أَحَدَهُمْ عَتَقَ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ ثُمَّ بِاللَّفْظِ الثَّانِي جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدَيْنِ فقال أحدكم حُرٌّ لم يَصِحَّ

ثُمَّ بِاللَّفْظِ الثَّالِثِ جَمَعَ بَيْنِ عَبْدٍ وَحُرَّيْنِ فلم يَصِحَّ ذلك أَيْضًا لِأَنَّهُ يُحْمَلُ على الْإِخْبَارِ وهو صَادِقٌ فِيمَا أَخْبَرَ

وَلَوْ قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ أو مُدَبَّرٌ يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ فَإِنْ قال عَنَيْتُ بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِنْ قال عَنَيْتُ بِهِ التَّدْبِيرَ صَارَ مُدَبَّرًا وَهَذَا ظَاهِرٌ فَإِنْ مَاتَ قبل الْبَيَانِ وَالْقَوْلُ في الصِّحَّةِ عَتَقَ نِصْفُهُ بِالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ وَنِصْفُهُ بِالتَّدْبِيرِ لِشُيُوعِ الْعِتْقَيْنِ فيه إلَّا أَنَّ نِصْفَهُ يُعْتَقُ مَجَّانًا من جَمِيعِ الْمَالِ لِأَنَّهُ يُعْتَقُ بِالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ في حَالَةِ الصِّحَّةِ وَنِصْفُهُ يُعْتَقُ من الثُّلُثِ لِأَنَّهُ يُعْتَقُ بِالتَّدْبِيرِ وَالْعِتْقُ بِالتَّدْبِيرِ يَثْبُتُ من طَرِيقِ الْوَصِيَّةِ فَيُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ سَوَاءٌ كان التَّدْبِيرُ في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ إنْ خَرَجَ من الثُّلُثِ عَتَقَ كُلُّ النِّصْفِ وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ غَيْرُهُ عَتَقَ ثُلُثُ النِّصْفِ مَجَّانًا لِأَنَّ هذا الْقَدْرَ لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ وَيَسْعَى في ثُلُثَيْ النِّصْفِ وهو ثُلُثُ الْكُلِّ

وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ أو مُدَبَّرٌ يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ فَإِنْ مَاتَ قبل الْبَيَانِ وَلَا مَالَ له غَيْرُهُمَا وَالْقَوْلُ في الصِّحَّةِ عَتَقَ نِصْفُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشُّيُوعِ إلَّا أَنَّ الرُّبْعَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُعْتَقُ مَجَّانًا من جَمِيعِ الْمَالِ لِحُصُولِهِ بِالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ في حَالَةِ الصِّحَّةِ وَالرُّبْعُ يُعْتَقُ من أُصُولِهِ بِالتَّدْبِيرِ ويسعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في نِصْفِ قِيمَتِهِ على كل حَالٍ

وَلَوْ قال أَنْتُمَا حُرَّانِ أو مُدَبَّرَانِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَتَقَ نِصْفُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ وَنِصْفُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّدْبِيرِ وَهَذَا كُلُّهُ إذَا كان الْقَوْلُ في الصِّحَّةِ فَإِنْ كان في الْمَرَضِ يُعْتَبَرُ ذلك من الثُّلُثِ

وَلَوْ كان لِرَجُلٍ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ فقال هذا حُرٌّ أو هذا وَهَذَا عَتَقَ الثَّالِثُ وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ في الأوليين (((الأولين))) وَلَوْ قال هذا حُرٌّ وَهَذَا أو هذا عَتَقَ الْأَوَّلُ وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ في الْآخَرَيْنِ وَكَذَلِكَ هذا في الطَّلَاقِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ كَلِمَةَ أو في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ دَخَلَتْ بين الْأَوَّلِ وَالثَّانِي فَأَوْجَبَتْ حُرِّيَّةَ أَحَدِهِمَا غَيْرُ عَيْنٍ ثُمَّ الثَّالِثُ عُطِفَ على الْحُرِّ مِنْهُمَا أَيُّهُمَا كان فَصَارَ كَأَنَّهُ قال أَحَدُكُمَا حُرٌّ وَهَذَا وفي الْفَصْلِ الثَّانِي أَوْجَبَ الْحُرِّيَّةَ لِلْأَوَّلِ عَيْنًا ثُمَّ أَدْخَلَ كَلِمَةَ أو في الثَّانِي وَالثَّالِثِ فَأَوْجَبَتْ حُرِّيَّةَ أَحَدِهِمَا غَيْرِ عَيْنٍ فَعَتَقَ الْأَوَّلُ وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ في الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا قال إنْ كَلَّمْتُ هذا

أو هذا وَهَذَا فَعَبْدِي حُرٌّ أَنَّهُ إنْ كَلَّمَ الْأَوَّلَ وَحْدَهُ حَنِثَ وَإِنْ كَلَّمَ الثَّانِيَ أو الثَّالِثَ وَحْدَهُ لَا يَحْنَثُ ما لم يُكَلِّمْهُمَا جميعا

وَلَوْ قال إنْ كَلَّمْتُ هذا وَهَذَا أو هذا فَعَبْدِي حُرٌّ فَإِنْ كَلَّمَ الثَّالِثَ وَحْدَهُ حَنِثَ وَإِنْ كَلَّمَ الْأَوَّلَ أو الثَّانِيَ وَحْدَهُ لَا يَحْنَثُ ما لم يُكَلِّمْهُمَا جميعا لِأَنَّ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ جَعَلَ شَرْطَ الْحِنْثِ كَلَامَ الْأَوَّلِ وَحْدَهُ أو كَلَامَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ جميعا لِأَنَّهُ جَعَلَ الثَّالِثَ مَعْطُوفًا على الثَّانِي بِحَرْفِ الْعَطْفِ فَقَدْ أَدْخَلَ كَلِمَةَ أو بين الْأَوَّلِ وَحْدَهُ وَبَيْنَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ جميعا

وَأَمَّا في الْفَصْلِ الثَّانِي فَقَدْ جَعَلَ شَرْطَ الْحِنْثِ كَلَامَ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي جميعا أو كَلَامَ الثَّالِثِ وَحْدَهُ لِأَنَّهُ عَطَفَ الثَّانِي على الْأَوَّلِ بِحَرْفِ الْعَطْفِ وَأَدْخَلَ كَلِمَةَ أو بين الْأَوَّلِ وَالثَّانِي جميعا وَالثَّالِثُ وَحْدَهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ اخْتَلَطَ حُرٌّ بِعَبْدٍ كَرَجُلٍ له عَبْدٌ فَاخْتَلَطَ بِحُرٍّ ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يقول أنا

حُرٌّ وَالْمَوْلَى يقول أَحَدُكُمَا عَبْدِي كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُحَلِّفَهُ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما يَعْلَمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَإِنْ حَلِف لِأَحَدِهِمَا وَنَكَلَ لِلْآخَرِ فَالَّذِي نَكَلَ له حُرٌّ دُونَ الْآخَرِ وَإِنْ نَكَلَ لَهُمَا فَهُمَا حُرَّانِ

وَإِنْ حَلِفَ لَهُمَا فَقَدْ اخْتَلَطَ الْأَمْرُ فَالْقَاضِي يَقْضِي بِالِاخْتِلَاطِ وَيُعْتِقُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَنِصْفَهُ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ وَكَذَا لو كَانُوا ثَلَاثَةً يُعْتَقُ من كل وَاحِدٍ منهم ثُلُثُهُ وَيَسْعَى في ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ

وَكَذَلِكَ لو كَانُوا عَشْرَةً فَهُوَ على هذا الِاعْتِبَارِ وَهَذَا كَرَجُلٍ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ بِعَيْنِهِ ثُمَّ نَسِيَهُ فَإِنْ بَيَّنَ فَهُوَ على ما بَيَّنَ فَإِنْ لم يُبَيِّنْ وقال لَا أَدْرِي أَيُّهُمَا حُرٌّ لَا يُجْبَرُ على الْبَيَانِ وَلَكِنْ يُعْتَقُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ مَجَّانًا وَنِصْفُهُ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ كَذَلِكَ هَهُنَا

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي وهو ما يَتَعَلَّقُ بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَهُوَ أَنَّ الْمَوْلَى إذَا قال لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ لَا يَنْوِي أَحَدَهُمَا بِعَيْنِهِ ثُمَّ مَاتَ قبل الِاخْتِيَارِ عَتَقَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ لِأَنَّهُ وَقَعَ الْيَأْسُ عن الْبَيَانِ وَالِاخْتِيَارِ إذْ لَا يُمْكِنُهُ ذلك بِنَفْسِهِ وَهَذَا الْخِيَارُ لَا يُوَرَّث حتى يَقُومَ الْوَارِثُ فيه مَقَامَهُ فَيَشِيعُ الْعِتْقُ فِيهِمَا إذْ لَيس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَيُعْتَقُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ مَجَّانًا وَيَسْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في نِصْفِ قِيمَتِهِ وَفَصْلُ الشُّيُوعِ دَلِيلُ نُزُولِ الْعِتْقِ في أَحَدِهِمَا إذْ الثَّابِتُ تَشْيِيعٌ وَالْمَوْتُ ليس بِإِعْتَاقٍ عُلِمَ أَنَّ الْكَلَامَ السَّابِقَ وَقَعَ تَنْجِيزًا لِلْعِتْقِ في أَحَدِهِمَا ثُمَّ فَرَّقَ بين هذا الْخِيَارِ وَبَيْنَ خِيَارِ التَّعْيِينِ في بَابِ الْبَيْعِ لأنه الْوَارِثَ هُنَاكَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْتِ في الْبَيَانِ وَهَهُنَا لَا

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ هُنَاكَ مَلَكَ الْمُشْتَرِي أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ مَجْهُولًا إذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَحِلٌّ لِلْمِلْكِ فإذا مَاتَ بالوارث (((فالوارث))) وَرِثَ منه عَبْدًا مَجْهُولًا فَمَتَى جَرَى الْإِرْثُ ثَبَتَ وِلَايَةُ التَّعْيِينِ أَمَّا هَهُنَا فَأَحَدُهُمَا حُرٌّ أو اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ وَذَلِكَ يَمْنَعُ جَرَيَانَ الْإِرْثِ في أَحَدِهِمَا فَيَمْنَعُ وِلَايَةَ التَّعْيِينِ هذا إذَا كان الْمُزَاحِمُ له مُحْتَمِلًا لِلْعِتْقِ وهو مِمَّنْ يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ فيه فَأَمَّا إذَا كان مِمَّنْ لَا يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ فيه بِأَنْ جَمَعَ بين عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ لَا يُعْتَقُ عَبْدُهُ إلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَحَدُكُمَا يَحْتَمِلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ عَبْدَ الْغَيْرِ قَابِلٌ لِلْعِتْقِ في نَفْسِهِ وَمُحْتَمِلٌ لِنُفُوذِ الْإِعْتَاقِ فيه في الْجُمْلَةِ فَلَا يَنْصَرِفُ إلَى عبد نَفْسِهِ إلَّا بِالنِّيَّةِ وَإِنْ كان الْمُزَاحِمُ مِمَّنْ لَا يَحْتَمِلُ الْعِتْقَ أَصْلًا كما إذَا جَمَعَ بين عَبْدِهِ وَبَيْنَ بَهِيمَةٍ أو حَائِطٍ أو حَجَرٍ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ أو قال عَبْدِي حُرٌّ أو هذا وَهَذَا فإن عَبْدَهُ يُعْتَقُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ نَوَى أو لم يَنْوِ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يُعْتَقُ إلَّا بِالنِّيَّةِ وَكَذَا إذَا جَمَعَ بين عَبْدِهِ وَبَيْنَ مَيِّتٍ وقد ذَكَرْنَا الْكَلَامَ في هذه الْجُمْلَةِ في كِتَابِ الطَّلَاقِ

وَعَلَى هذا إذَا جَمَعَ بين عَبْدِهِ وَبَيْنَ حُرٍّ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَبْدُهُ إلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ صِيغَتَهُ صِيغَةُ الخير (((الخبر))) فَيُحْمَلُ على الْإِخْبَارِ هو صَادِقٌ في إخْبَارِهِ مع ما في الْحَمْلِ عليه تَصْحِيحُ تَصَرُّفِهِ وَأَنَّهُ أَصْلٌ عِنْدَ الْإِمْكَانِ فَيُحْمَلُ عليه إلَّا إذَا نَوَى فَيُحْمَلُ على الْإِنْشَاءِ بِقَرِينَةِ النِّيَّةِ وَالْحُرُّ لَا يَحْتَمِلُ إنْشَاءَ الْحُرِّيَّةِ فَيَنْصَرِفُ إلَى الْعَبْدِ وَلَوْ جَمَعَ بين عَبْدِهِ وَمُدَبَّرِهِ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ لَا يَصِيرُ عَبْدُهُ مُدَبَّرًا إلَّا بِالنِّيَّةِ وَيُحْمَلُ على الْإِخْبَارِ كما في الْجَمْعِ بين الْحُرِّ وَالْعَبْدِ

وَلَوْ جَمَعَ بين عَبْدَيْهِ وَمُدَبَّرِهِ فقال اثْنَانِ مِنْكُمْ مُدَبَّرَانِ صَارَ أَحَدُ عَبْدَيْهِ مُدَبَّرًا وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ لِأَنَّ قَوْلَهُ اثْنَانِ مِنْكُمْ يُصْرَفُ أَحَدُهُمَا إلَى الْمُدَبَّرِ وَيَكُونُ إخْبَارًا عن تَدْبِيرِهِ إذْ الصِّيغَةُ لِلْخَبَرِ في الْوَضْعِ وهو صَادِقٌ في هذا الْإِخْبَارِ وَالْآخَرُ يُصْرَفُ إلَى أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ فَيَكُونُ إنْشَاءً لِلتَّدْبِيرِ في أَحَدِهِمَا إذْ لَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على الْخَبَرِ لِأَنَّهُ يَكُونُ كَذِبًا فَيُحْمَلُ على الْإِنْشَاءِ كَأَنَّهُ قال لِلْمُدَبَّرِ هذا مُدَبَّرٌ

وَأَحَدُ الْعَبْدَيْنِ مُدَبَّرٌ فَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ كما لو قال ذلك ابْتِدَاءً لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا مُدَبَّرٌ فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْبَيَانِ انْقَسَمَ تَدْبِيرُ رَقَبَةٍ بين الْعَبْدَيْنِ نِصْفَيْنِ فَيُعْتَقُ الْمُدَبَّرُ الْمَعْرُوفُ من الثُّلُثِ وَيُعْتَقُ نِصْفُ كل وَاحِدٍ من الْعَبْدَيْنِ من

الثُّلُثِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ سَوَاءٌ كان في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ وَهَذَا كما لو جَمَعَ بين عَبْدَيْنِ وَحُرٍّ فقال اثْنَانِ مِنْكُمْ حُرَّانِ أَنَّهُ يُصْرَفُ أَحَدُهُمَا إلَى الْإِخْبَارِ عن حُرِّيَّةِ أَحَدِهِمْ وَالْآخَرُ إلَى إنْشَاءِ الْحُرِّيَّةِ في أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ لَا غَيْرُ كَأَنَّهُ قال لِلحر إن هذا حُرٌّ وَأَحَدُ الْعَبْدَيْنِ حُرٌّ فَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ فَإِنْ مَاتَ قبل الْبَيَانِ عَتَقَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ لِشُيُوعِ الْعِتْقِ فِيهِمَا كَذَا هذا وَلَوْ كان له ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ دخل عليه اثْنَانِ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ أَحَدُهُمَا وَدَخَلَ الْآخَرُ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَالْكَلَامُ في هذه الْمَسْأَلَةِ في الْأَصْلِ يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا يَتَعَلَّقُ في حَالِ الْحَيَاةِ
وَالثَّانِي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ الْمَوْتِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فما دَامَ الْمَوْلَى حَيًّا يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ ثُمَّ إنْ بَدَأَ بِالْبَيَانِ لِلْإِيجَابِ الْأَوَّلِ فَإِنْ عَنَى بِهِ الْخَارِجَ عَتَقَ الْخَارِجُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ إيجَابَ الثَّانِي بين الثَّابِتِ وَالدَّاخِلِ وَقَعَ صَحِيحًا لِوُقُوعِهِ بين عَبْدَيْنِ فَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ لِهَذَا الْإِيجَابِ وَإِنْ عَنَى بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلَ الثَّابِتَ عَتَقَ الثَّابِتُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِيَ وَقَعَ لَغْوًا لِحُصُولِهِ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وروى عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال الْكَلَامُ الثَّانِي يَنْصَرِفُ إلَى الدَّاخِلِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ علي قَوْلِهِ إذَا جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ فقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ يَنْبَغِي أَنْ يَنْصَرِفَ إلَى الْعَبْدِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ بَدَأَ بِالْبَيَانِ لِلْإِيجَابِ الثَّانِي فَإِنْ عَنَى بِهِ الدَّاخِلَ عَتَقَ الدَّاخِلُ عَتَقَ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي وَبَقِيَ الْإِيجَابُ الْأَوَّلُ بين الْخَارِجِ وَالثَّابِتِ على حَالِهِ كما كان فَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ كما كان وَإِنْ عَنَى بِهِ الثَّابِتَ عَتَقَ الثَّابِتُ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي وَعَتَقَ الْخَارِجُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ لِتَعْيِينِهِ لِلْعِتْقِ بِإِعْتَاقِ الثَّابِتِ
وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ مما (((بما))) بَعْدَ الْمَوْتِ فَهَهُنَا حَالَانِ حَالُ ما بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدَيْنِ وَحَالُ ما بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى أَمَّا مَوْتُ الْعَبْدَيْنِ فَإِنْ مَاتَ الْخَارِجُ عَتَقَ الثَّابِتُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِي وَقَعَ بَاطِلًا وَإِنْ مَاتَ الثَّابِتُ عَتَقَ الْخَارِجُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ وَالدَّاخِلُ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي لِأَنَّ الثَّابِتَ قد أُعِيدَ عليه الْإِيجَابُ فَعِتْقُهُ يُوجِبُ تَعْيِينَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْعِتْقِ وَإِنْ مَاتَ الدَّاخِلُ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالْبَيَانِ لِلْإِيجَابِ الْأَوَّلِ فَإِنْ عَنَى بِهِ الْخَارِجَ عَتَقَ الْخَارِجُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ وَبَقِيَ الْإِيجَابُ الثَّانِي بين الدَّاخِلِ وَالثَّابِتِ فَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ وَإِنْ عَنَى بِهِ الثَّابِتَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِي وَقَعَ بَاطِلًا
وَأَمَّا مَوْتُ الْمَوْلَى قبل الْبَيَانِ فَإِنْ كان الْقَوْلُ منه في الصِّحَّةِ يُعْتَقُ من الْخَارِجِ نِصْفُهُ وَمِنْ الثَّابِتِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا
وَاخْتَلَفُوا في الدَّاخِلِ قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ يُعْتَقُ من الدَّاخِلِ نِصْفُهُ وقال مُحَمَّدٌ رُبْعُهُ أَمَّا في مَسْأَلَةِ الْوِفَاقِ فَلِأَنَّ الْمَوْلَى إنْ كان عَنَى بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ الْخَارِجَ عَتَقَ كُلُّهُ ولم يُعْتَقْ بِهِ الثَّابِتُ وَإِنْ كان عَنَى بِهِ الثَّابِتَ عَتَقَ الثَّابِتُ كُلُّهُ ولم يُعْتَقْ بِهِ الْخَارِجُ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُعْتَقُ في حَالٍ وَلَا يُعْتَقُ في حَالٍ

فَيَتَنَصَّفُ فَيُعْتَقُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ ثُمَّ الثَّابِتُ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي يُعْتَقُ نِصْفُهُ الْبَاقِي في حَالٍ وَلَا يُعْتَقُ في حَالٍ فَيَتَنَصَّفُ ذلك النِّصْفُ فَيُعْتَقُ رُبْعُهُ بِالْإِيجَابِ الثَّانِي وقد عَتَقَ نِصْفُهُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ فَيُعْتَقُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْخِلَافِ فَأَمَّا وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَهُوَ أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِيَ يَصِحُّ في حَالٍ وَلَا يَصِحُّ في حَالٍ لِأَنَّهُ إنْ كان الْمَوْلَى عَنِي بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ الْخَارِجَ يَصِحُّ الْإِيجَابُ الثَّانِي لِأَنَّ الثَّابِتَ يَبْقَى رَقِيقًا فَيَقَعُ الْإِيجَابُ الثَّانِي جَمْعًا بين الْعَبْدَيْنِ فَيَصِحُّ وَإِنْ كان عَنَى بِهِ الثَّابِتَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَقَعُ جَمْعًا بين الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فَيَلْغُو فَيَصِحُّ الْإِيجَابُ الثَّانِي في حَالٍ ولم يَصِحَّ في حَالٍ فَلَا يُثْبِتُ إلَّا نِصْفَ حُرِّيَّةٍ فَيُقْسَمُ بين الثَّابِتِ وَالدَّاخِلِ فَيُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبْعُ
وَلَهُمَا أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِي إنَّمَا يَدُورُ بين الصِّحَّةِ وَالْبُطْلَانِ إذَا نَزَلَ الْعِتْقُ بِالْإِيجَابِ الْأَوَّلِ في غَيْرِ الْمُعَيَّنِ مِنْهُمَا ولم يَنْزِلْ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ فِيمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ الْإِيجَابُ الثَّانِي صَحِيحًا في الْحَالَيْنِ جميعا فلما مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْبَيَانِ أَصَابَ الدَّاخِلَ من هذا الْإِيجَابِ نِصْفُ حُرِّيَّةٍ ثُمَّ إنْ كان عَنَى بِهِ الثَّابِتَ عَتَقَ بِهِ النِّصْفُ الْبَاقِي وَلَا يُعْتَقُ الدَّاخِلُ وَإِنْ كان عَنَى بِهِ الدَّاخِلَ عَتَقَ كُلُّهُ وَلَا يُعْتَقُ شَيْءٌ من النِّصْفِ الْبَاقِي من الثَّابِتِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ في حَالٍ وَلَا يَثْبُتُ في حَالٍ فَيَتَنَصَّفُ فَيُعْتَقُ من الثَّابِتِ رُبْعُهُ وَمِنْ الدَّاخِلِ نِصْفُهُ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ ما ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ غَيْرُ سَدِيدٍ أَنَّ الْإِيجَابَ الثَّانِيَ لو كان تَرَدَّدَ بين الصِّحَّةِ وَعَدَمِ الصِّحَّةِ لَبَطَلَ أَصْلًا وَرَأْسًا لِأَنَّ من جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ وقال أَحَدُكُمَا حُرٌّ يَبْطُلُ أَصْلًا وَرَأْسًا وَمُحَمَّدٌ اعْتَبَرَ الْإِيجَابَ الثَّانِيَ حَيْثُ قال بِثُبُوتِ نِصْفِ حُرِّيَّةٍ بين الثَّابِتِ وَالدَّاخِلِ هذا

إذَا كان الْقَوْلُ منه في الصِّحَّةِ فَإِنْ كان في الْمَرَضِ فَإِنْ كان له مَالٌ آخَرُ يَخْرُجُونَ من الثُّلُثِ أو لَا يَخْرُجُونَ لَكِنْ إنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ سِوَى هَؤُلَاءِ ولم تُجِزْ الْوَرَثَةُ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ على قَدْرِ وَصِيَّتِهِمْ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ في مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ نَفَاذُهَا من الثُّلُثِ فَيُضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ منهم بِمِقْدَارِ وَصِيَّتِهِ فَوَصِيَّةُ الْخَارِجِ نِصْفُ الرَّقَبَةِ وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الرَّقَبَةِ وَوَصِيَّةُ الدَّاخِلِ نِصْفُ الرَّقَبَةِ على أَصْلِهِمَا فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ على أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ لِحَاجَتِنَا إلَى ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ فَالْخَارِجُ يُضْرَبُ بِنِصْفِ الرَّقَبَةِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَالثَّابِتُ يُضْرَبُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الرَّقَبَةِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَالدَّاخِلُ يُضْرَبُ بِنِصْفِ الرَّقَبَةِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ فَتُجْمَعُ وَصَايَاهُمْ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ أَسْهُمٍ فَيُجْعَلُ ثُلُثُ الْمَالِ مَبْلَغَ الْوَصَايَا وَذَلِكَ سَبْعَةُ أَسْهُمٍ فَيَكُونُ ثُلُثَا الْمَالِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا ضَرُورَةً فَيَكُونُ جَمِيعُ الْمَالِ أَحَدَ وَعِشْرِينَ فَصَارَ كُلُّ عَبْدٍ سَبْعَةَ أَسْهُمٍ لِأَنَّ مَالَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ وقد صَارَ مَالُهُ كُلُّهُ أَحَدَ وَعِشْرِينَ سَهْمًا فَيُخْرَجُ منه سِهَامُ الْعِتْقِ وَسِهَامُ السِّعَايَةِ فَالْخَارِجُ يُعْتَقُ منه سَهْمَانِ من سَبْعَةٍ وَيَسْعَى في خَمْسَةِ أَسْهُمٍ وَالثَّابِتُ يُعْتَقُ منه ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ من سَبْعَةٍ وَيَسْعَى في أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ وَالدَّاخِلُ يُعْتَقُ منه سَهْمَانِ من سَبْعَةٍ وَيَسْعَى في خَمْسَةِ أَسْهُمٍ كَالْخَارِجِ وإذا صَارَ سِهَامُ الْوَصَايَا سَبْعَةً تَصِيرُ سِهَامُ الْوَرَثَةِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ ضَرُورَةً فَاسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ وَهَذَا التَّخْرِيجُ على قَوْلِهِمَا

وَأَمَّا على قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَالْخَارِجُ يُضْرَبُ بِسَهْمَيْنِ وَالثَّابِتُ بِثَلَاثَةٍ وَالدَّاخِلُ بِسَهْمٍ فَذَلِكَ سِتَّةُ أَسْهُمٍ فَصَارَ ثُلُثُ الْمَالِ سِتَّةَ أَسْهُمٍ فَيَكُونُ ثُلُثَاهُ مِثْلَيْهِ وَذَلِكَ اثْنَيْ عَشَرَ فَيَصِيرُ جَمِيعُ الْمَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَصَارَ كُلُّ عَبْدٍ سِتَّةَ أَسْهُمٍ يَخْرُجُ منها سِهَامُ الْعِتْقِ وَسِهَامُ السِّعَايَةِ فَيُعْتَقُ من الْخَارِجِ سَهْمَانِ وَيَسْعَى في أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ وَيُعْتَقُ من الثَّابِتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَيَسْعَى في ثَلَاثَةٍ وَيُعْتَقُ من الدَّاخِلِ سَهْمٌ وَاحِدٌ وَيَسْعَى في خَمْسَةِ أَسْهُمٍ فسار (((فصار))) لِلْوَرَثَةِ اثْنَيْ عَشَرَ وَلِأَصْحَابِ الْوَصَايَا سِتَّةٌ فَاسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْجَهَالَةُ الطَّارِئَةُ بِأَنْ أَضَافَ صِيغَةَ الْإِعْتَاقِ إلَى أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ ثُمَّ نَسِيَهُ فَالْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ أَيْضًا في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في كَيْفِيَّةِ هذا التَّصَرُّفِ وَالثَّانِي في الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا خِلَافَ في أَنَّ أَحَدَهُمَا حُرٌّ قبل الْبَيَانِ لِأَنَّ الصِّيغَةَ أُضِيفَتْ إلَى مُعَيَّنٍ وَالْمُعَيَّنُ مَحَلٌّ لِنُزُولِ الْعِتْقِ فيه فَكَانَ الْبَيَانُ في هذا النَّوْعِ إظْهَارًا وَتَعْيِينًا لِمَنْ نَزَلَ فيه الْعِتْقُ
وَأَمَّا الثَّانِي فَالْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ ضَرْبَانِ أَيْضًا ضَرْبٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى وَضَرْبٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فتقول (((فنقول))) إذَا أَعْتَقَ إحْدَى جَارِيَتَيْهِ بِعَيْنِهَا ثُمَّ نَسِيَهَا أو أَعْتَقَ إحْدَى جَوَارِيهِ الْعَشَرَةِ بِعَيْنِهَا ثُمَّ نَسِيَ الْمُعْتَقَةَ فإنه يُمْنَعُ من وَطْئِهِنَّ وَاسْتِخْدَامِهِنَّ لِأَنَّ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ حُرَّةٌ بِيَقِينٍ فَكُلُّ وَاحِدَةٍ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الْحُرَّةُ وَوَطْءُ الْحُرَّةِ من غَيْرِ نِكَاحٍ حَرَامٌ فَلَوْ قَرَّبَ وَاحِدَةً منهم (((منهن))) رُبَّمَا يَقْرَبُ الْحُرَّةَ فَيُمْنَعُ من ذلك صِيَانَةً عن الْحَرَامِ
وَالْأَصْلُ في هذا الْبَابِ ما رَوَيْنَا من حديث وَابِصَةَ بن مَعْبَدٍ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أَلَا إنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فيه وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَطَأَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ بِالتَّحَرِّي لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الطَّلَاقِ فَلَوْ أَنَّهُ وطىء وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَحُكْمُهُ نَذْكُرُهُ هُنَا وَالْحِيلَةُ في أَنْ يُبَاحَ له وَطْؤُهُنَّ أَنْ يَعْقِدَ عَلَيْهِنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ فَتَحِلُّ له الْحُرَّةُ مِنْهُنَّ بِالنِّكَاحِ وَالرَّقِيقَةُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَلَوْ خَاصَمَ الْعَبْدَانِ الْمَوْلَى إلَى الْقَاضِي وَطَلَبَا منه الْبَيَانَ أَمَرَهُ الْقَاضِي بِالْبَيَانِ وَلَوْ امْتَنَعَ حَبَسَهُ لِيُبَيِّنَ كَذَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ وَالْحُرِّيَّةُ حَقُّهُ أو له فيها حَقٌّ وَلِكُلِّ صَاحِبِ حَقٍّ أَنْ يَطْلُبَ حَقَّهُ وإذا امْتَنَعَ من الْإِيفَاءِ يُجْبَرُ عليه
وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ هو الْحُرُّ وَلَا بَيِّنَةَ له وَجَحَدَ الْمَوْلَى فَطَلَبَا يَمِينَهُ اسْتَحْلَفَهُ الْقَاضِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِاَللَّهِ عز وجل ما أَعْتَقَهُ لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ لِفَائِدَةِ النُّكُولِ وَالنُّكُولُ بَذْلٌ أو إقْرَارٌ وَالْعِتْقُ يَحْتَمِلُ كُلَّ ذلك ثُمَّ إنْ نَكَلَ لَهُمَا عَتَقَا لِأَنَّهُ بَذَلَ لَهُمَا الْحُرِّيَّةَ أو أَقَرَّ بها لَهُمَا وَإِنْ حَلَفَ لَهُمَا يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ وَحُرِّيَّتُهُ لَا تَرْتَفِعُ بِالْيَمِينِ وما ذَكَرْنَا من رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عن مُحَمَّد في الطَّلَاقِ يَكُونُ ذلك رِوَايَةً في الْعَتَاقِ وهو أَنَّهُمَا إذَا اسْتَحْلَفَا فَحَلَفَ الْمَوْلَى لِلْأَوَّلِ يُعْتَقُ الذي لم يَحْلِفْ له لِأَنَّهُ لَمَّا حَلَفَ لِلْأَوَّلِ وَاَللَّهِ ما أَعْتَقَهُ فَقَدْ أَقَرَّ بِرِقِّهِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْحُرِّيَّةِ كما إذَا قال ابْتِدَاءً لِأَحَدِهِمَا عَيْنًا هذا عَبْدٌ
وَإِنْ لم يَحْلِفْ له عَتَقَ هو لِأَنَّهُ بَذَلَ له الْحُرِّيَّةَ أو أَقَرَّ وَإِنْ تشاحنا (((تشاحا))) في الْيَمِينِ حَلَفَ لَهُمَا جميعا بِاَللَّهِ عز وجل ما أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمَا فَإِنْ حَلَفَ

لَهُمَا فَإِنْ كَانَا أَمَتَيْنِ يُحْجَبُ مِنْهُمَا حتى يُبَيِّنَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ حُرِّيَّةَ إحْدَاهُمَا لَا تَرْتَفِعُ بِالْحَلِفِ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يُجْبَرُ على الْبَيَانِ في الْجَهَالَةِ الطَّارِئَةِ إذَا لم يَتَذَكَّرْ لِمَا فيه من اسْتِرْقَاقِ الْحُرِّ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ بِخِلَافِ الْجَهَالَةِ الْأَصْلِيَّةِ لِأَنَّ ثَمَّةَ الْحُرِّيَّةِ غَيْرُ نَازِلَةٍ في الْمَحَلِّ في أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ فلم يَكُنْ في الْبَيَانِ اسْتِرْقَاقُ الْحُرِّ ثُمَّ الْبَيَانُ في هذه الْجَهَالَةِ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ أو ضَرُورَةٌ أَمَّا النص (((نص))) فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْمَوْلَى لِأَحَدِهِمَا عَيْنًا هذا الذي كنت أَعْتَقْتُهُ وَنَسِيتُ
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ أو الضَّرُورَةُ فَهِيَ أَنْ يَقُولَ أو يَفْعَلَ ما يَدُلُّ على الْبَيَانِ نَحْوُ أَنْ يَتَصَرَّفَ في أَحَدِهِمَا تَصَرُّفًا لَا صِحَّةَ له بِدُونِ الْمِلْكِ من الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ وَالْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ إذَا كَانَتَا جَارِيَتَيْنِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لَا صِحَّةَ لها إلَّا في الْمِلْكِ فَكَانَ إقْدَامُهُ دَلِيلَ اخْتِيَارِهِ الْمِلْكَ في التَّصَرُّفِ فيه وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ وَكَذَا إذَا كَانَا أَمَتَيْنِ فوطىء (((فوطئ))) إحْدَاهُمَا عَتَقَتْ الْأُخْرَى بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ إحْدَاهُمَا حُرَّةٌ بِيَقِينٍ فَكَانَ وَطْءُ إحْدَاهُمَا تعيينا (((تعينا))) لها لِلرِّقِّ وَالْأُخْرَى لِلْعِتْقِ وَتَعْيِينُ الْأُخْرَى لِلْعِتْقِ ضَرُورَةَ انْتِفَاءِ الْمُزَاحِمِ بِخِلَافِ الْجَهَالَةِ الْأَصْلِيَّةِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ في إحْدَاهُمَا فَكَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَلَالَ الْوَطْءِ
وَإِنْ كُنَّ عَشْرًا فوطىء (((فوطئ))) إحْدَاهُنَّ تَعَيَّنَتْ الْمَوْطُوءَةُ لِلرِّقِّ حَمْلًا لِأَمْرِهِ على الصَّلَاحِ وَتَعَيَّنَتْ الْبَاقِيَاتُ لِكَوْنِ الْمُعْتَقَةُ فِيهِنَّ دَلَالَةً أو ضَرُورَةً فَيَتَعَيَّنُ الْبَيَانُ نَصًّا أو دَلَالَةً
وَكَذَا لو وطىء الثَّانِيَةَ وَالثَّالِثَةَ إلَى التَّاسِعَةِ فَتَتَعَيَّنُ الْبَاقِيَةُ وَهِيَ الْعَاشِرَةُ لِلْعِتْقِ لِأَنَّ فِعْلَهُ يُحْمَلُ على الْجَوَازِ وَلَا جَوَازَ له إلَّا في الْمِلْكِ فَكَانَ الْإِقْدَامُ على وَطْئِهِنَّ تَعْيِينًا لَهُنَّ لِلرِّقِّ وَالْبَاقِيَةُ لِلْعِتْقِ أو تَتَعَيَّنُ الْبَاقِيَةُ ضَرُورَةً وَالأحسن أَنْ لَا يَطَأَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ الموطوأة (((الموطوءة))) هِيَ الْحُرَّةُ فَلَوْ أَنَّهُ وطىء فَحُكْمُهُ ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ قبل الْبَيَانِ فَالْأَحْسَنُ أَنْ لَا يَطَأَ الْبَاقِيَاتِ قبل الْبَيَانِ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ الْمُعْتَقَةُ فِيهِنَّ فَلَوْ أَنَّهُ وَطِئَهُنَّ قبل الْبَيَانِ جَازَ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُسْلِمِ الْعَدْلِ مَحْمُولٌ على الْجَوَازِ ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ هَهُنَا بِأَنْ يُحْمَلَ على أَنَّهُ قد تَذَكَّرَ أَنَّ الْمُعْتَقَةَ مِنْهُنَّ هِيَ الْمَيِّتَةُ لِأَنَّ الْبَيَانَ في هذا النَّوْعِ من الْجَهَالَةِ إظْهَارٌ وَتَعْيِينٌ لِمَنْ نَزَلَتْ فيه الْحُرِّيَّةُ من الْأَصْلِ فلم تَكُنْ الْحَيَاةُ شَرْطًا لِمَحَلِّيَّةِ الْبَيَانِ وكان إقْدَامُهُ على وَطْئِهِنَّ تَعْيِينًا لِلْمَيِّتَةِ لِلْعِتْقِ وَالْبَاقِيَاتِ لِلرِّقِّ دَلَالَةً أو تَتَعَيَّنُ الْبَاقِيَاتُ لِلرِّقِّ ضَرُورَةً بِخِلَافِ الْجَهَالَةِ الْأَصْلِيَّةِ إذَا مَاتَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ أَنَّ الْمَيِّتَةَ لَا تَتَعَيَّنُ لِلْحُرِّيَّةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ هُنَاكَ غَيْرُ نَازِلَةٍ في إحْدَاهُنَّ وَإِنَّمَا تَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وهو الِاخْتِيَارُ مَقْصُورًا عليه وَالْمَحَلُّ ليس بِقَابِلٍ لِلْحُرِّيَّةِ وَقْتَ الِاخْتِيَارِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ كانت (((كانتا))) اثْنَتَيْنِ فَمَاتَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا لَا تَتَعَيَّنُ الْبَاقِيَةُ لِلْعِتْقِ لِأَنَّ الْمَيِّتَةَ لم تَتَعَيَّنْ لِلرِّقِّ لِانْعِدَامِ دَلِيلٍ يُوجِبُ التَّعْيِينَ فَلَا تَتَعَيَّنُ الْأُخْرَى لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً فَوَقَفَ تَعْيِينُهَا لِلْعِتْقِ على الْبَيَانِ نَصًّا أو دَلَالَةً إذْ الْمَيِّتَةُ لم تَخْرُجْ عن كَوْنِهَا مَحِلًّا لِلْبَيَانِ إذْ الْبَيَانُ في هذا النَّوْعِ إظْهَارٌ وَتَعْيِينٌ بِخِلَافِ النَّوْعِ الْأَوَّلِ في أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ
وَلَوْ قال الْمَوْلَى هذا مَمْلُوكٌ وَأَشَارَ إلَى أَحَدِهِمَا يَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِلْعِتْقِ دَلَالَةً أو

ضَرُورَةً وَلَوْ بَاعَهُمَا جميعا صَفْقَةً وَاحِدَةً كان الْبَيْعُ فَاسِدًا لِأَنَّهُ بَاعَ حُرًّا وَعَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الثَّمَنِ وَكَذَا لو كَانُوا عَشْرَةً فَبَاعَهُمْ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ في الْكُلِّ وَلَوْ بَاعَهُمْ على الِانْفِرَادِ جَازَ الْبَيْعُ في التِّسْعَةِ وَيَتَعَيَّنُ الْعَاشِرُ لِلْعِتْقِ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ لِأَنَّ بَيْعَ كل وَاحِدٍ منهم اخْتِيَارُ إيَّاهُ لِلرِّقِّ وَيَتَعَيَّنُ الْبَاقِي لِلْعِتْقِ دَلَالَةً أو يَتَعَيَّنُ ضَرُورَةَ عَدَمِ الْمُزَاحِمِ كما لو وطىء عَشْرَةُ نَفَرٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم جَارِيَةٌ فَأَعْتَقَ وَاحِدٌ منهم جَارِيَتَهُ وَلَا يُعْرَفُ الْمُعْتَقُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ منهم أَنْ يَطَأَ جَارِيَتَهُ وَأَنْ يَتَصَرَّفَ فيها تَصَرُّفَ الْمُلَّاكِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ تَمَكَّنَتْ في الْجَانِبَيْنِ جميعا الْمُعْتَقِ وَالْمُعْتِقِ فَوَقَعَ الشَّكُّ في الطَّرَفَيْنِ فَلَا يُزَالُ الْيَقِينُ بِالشَّكِّ بِخِلَافِ ما إذَا كانت الْجَوَارِي لِوَاحِدٍ فَأَعْتَقَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ثُمَّ نَسِيَهَا أَنَّهُ يُمْنَعُ من وَطْءِ الْكُلِّ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ هُنَاكَ لم تَقَعْ إلَّا في أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ فلم يَقَعْ الشَّكُّ إلَّا في أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ إذْ الْمُعْتِقُ على يَقِينٍ من حُرِّيَّةِ إحْدَاهُنَّ وَكُلُّ وَاحِدَةٍ تُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الْحُرَّةُ فَيُمْنَعُ من وَطْئِهِنَّ وَلَوْ دخل الْكُلُّ في مِلْكِ أَحَدِهِمْ صَارَ كَأَنَّ الْكُلَّ كُنَّ في مِلْكِهِ فَأَعْتَقَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ثُمَّ جَهِلَهَا

وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنَّ الْمَوْلَى إذَا مَاتَ قبل الْبَيَانِ يُعْتَقُ من كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ مَجَّانًا بِغَيْرِ شَيْءٍ وَنِصْفُهُ بِالْقِيمَةِ فَتَسْعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا في نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلْوَرَثَةِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْجَهَالَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ حُكْمُهُ فَالْمُظْهِرُ له شَيْئَانِ أَحَدُهُمَا الْإِقْرَارُ وَالثَّانِي الْبَيِّنَةُ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا شَكَّ أَنَّ الْإِقْرَارَ من الْمَوْلَى بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ يَظْهَرُ بِهِ الْعِتْقُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُقِرُّ على نَفْسِهِ كَاذِبًا فَيُصَدَّقُ في إقْرَارِهِ على نَفْسِهِ وَلَا يَقْبَلُ على غَيْرِهِ لِكَوْنِهِ شَهَادَةً على الْغَيْرِ وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ وَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عبد غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ عَتَقَ عليه لِأَنَّ إقْرَارَهُ على نَفْسِهِ مَقْبُولٌ وَلَا يُقْبَلُ على غَيْرِهِ لِكَوْنِهِ شَهَادَةً على الْغَيْرِ وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فإذا اشْتَرَاهُ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ من تَقْيِيدِهِ في حَقِّهِ فَيُعْتَقُ عليه

وَأَمَّا الْبَيِّنَةُ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيها أَنَّهُ لَا خِلَافَ في أنها تُقْبَلُ على عِتْقِ الْمَمْلُوكِ إذَا ادَّعَى الْمَمْلُوكُ الْعِتْقَ وَأَنْكَرَ الْمَوْلَى سَوَاءٌ كان الْمَمْلُوكُ عَبْدًا أو جَارِيَةً فَأَمَّا إذَا لم يَدَّعِ وَأَنْكَرَ الْعِتْقَ وَالْمَوْلَى أَيْضًا مُنْكِرٌ فَهَلْ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ على عِتْقِهِ من غَيْرِ دَعْوَاهُ فَإِنْ كان الْمَمْلُوكُ جَارِيَةً تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان عَبْدًا لَا تُقْبَلُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ تُقْبَلُ من أَصْحَابِنَا من حَمَلَ الْمَسْأَلَةَ على أَنَّ عِتْقَ الْعَبْدِ حَقُّ الْعَبْدِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَالشَّهَادَةُ على حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا تُقْبَلُ من غَيْرِ دَعَاوِيهِمْ كَالْأَمْوَالِ وَسَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَعِنْدَهُمَا هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَالشَّهَادَةُ على حُقُوقِ اللَّهِ عز وجل مَقْبُولَةٌ من غَيْرِ دَعْوَى أَحَدٍ كَالشَّهَادَةِ على إعْتَاقِ الْإِنْسَانِ أَمَتَهُ وَتَطْلِيقِهِ امْرَأَتَهُ وَالشَّهَادَةِ على أَسْبَابِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ عز وجل من الزِّنَا وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ إلَّا السَّرِقَةَ فإنه شُرِطَ فيها الدَّعْوَى لتحقق (((لتحقيق))) السَّبَبِ إذْ لَا يَظْهَرُ كَوْنُ الْفِعْلِ سَرِقَةً شَرْعًا بِدُونِ الدَّعْوَى لِمَا نَذْكُرُ في كِتَابِ السَّرِقَةِ فَنَتَكَلَّمُ في الْمَسْأَلَةِ بِنَاءً وَابْتِدَاءً

أَمَّا الْبِنَاءُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ في الْإِعْتَاقِ تَحْرِيمَ الِاسْتِرْقَاقِ وَحُرْمَةُ الِاسْتِرْقَاقِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم ثَلَاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ وَمَنْ كنت خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ يوم الْقِيَامَةِ وَذَكَرَ من جُمْلَتِهَا رَجُلًا بَاعَ حُرًّا وَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ أَهْلِيَّةُ وُجُوبِ حُقُوقِ اللَّهِ عز وجل من الْكَفَّارَاتِ وَالزَّكَوَاتِ وَالْجُمَعِ وَالْجَمَاعَاتِ فَثَبَتَ أَنَّ الْعِتْقَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ الْقَائِمَةِ عليه كما في عِتْقِ الْأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمَرْأَةِ وَكَمَا في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ وَكَذَا الْأَحْكَامُ تَدُلُّ على أَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فإن الشَّهَادَةَ على حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ لِلْعَبْدِ تُقْبَلُ من غَيْرِ دَعْوَاهُ
وَكَذَا الشَّهَادَةُ على نَسَبِ صَبِيٍّ صَغِيرٍ من رَجُلٍ وَأَنْكَرَ الرَّجُلُ وَكَذَا الشَّهَادَةُ على الْمَوْلَى بِاسْتِيلَادِ جَارِيَتِهِ وَهُمَا مُنْكِرَانِ وَكَذَا التَّنَاقُضُ في الْعِتْقِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى بِأَنْ قال عَبْدٌ لِإِنْسَانٍ اشتراني (((اشترني))) فَإِنِّي عبد فُلَانٍ فَاشْتَرَاهُ ثُمَّ ادَّعَى الْعَبْدُ حُرِّيَّةَ الْأَصْلِ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَلَوْ كانت الدَّعْوَى فيه شَرْطًا لَكَانَ التَّنَاقُضُ مَانِعًا من صِحَّةِ الدَّعْوَى كما في سَائِرِ الدعاوي
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِعْتَاقَ إثْبَاتُ الْعِتْقِ وَالْعِتْقُ في عُرْفِ اللُّغَةِ وَالشَّرْعِ اسْمٌ لِقُوَّةٍ حُكْمِيَّةٍ تَثْبُتُ لِلْعَبْدِ تَنْدَفِعُ بها يَدُ الاستيلاء (((الاستيلاد))) وَالتَّمَلُّكِ عنه والقوة (((والحرية))) حَقُّهُ إذْ هو الْمُنْتَفِعُ بها مَقْصُودًا
أَلَا تَرَى أَنَّهُ هو الذي يَتَضَرَّرُ بِانْتِفَائِهَا مَقْصُودًا بِالِاسْتِرْقَاقِ وَكَذَا التَّحْرِيرُ إثْبَاتُ الْحُرِّيَّةِ وَالْحُرِّيَّةُ في مُتَعَارَفِ الشَّرْعِ وَاللُّغَةُ تنبىء عن خُلُوصِ نَفْسِ الْعَبْدِ له عن الرِّقِّ وَالْمِلْكِ وَذَلِكَ حَقُّهُ لِأَنَّهُ هو الْمُنْتَفِعُ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ مَقْصُودًا وَحَقُّ الْإِنْسَانِ ما يَنْتَفِعُ هو بِهِ دُونَ غَيْرِهِ فإذا ثَبَتَ أَنَّ الْعِتْقَ حَقُّ الْعَبْدِ فَالشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على عِتْقِ الْعَبْدِ لَا تُقْبَلُ من غَيْرِ دَعْوَاهُ كَسَائِرِ الشَّهَادَاتِ الْقَائِمَةِ على سَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ إذَا كان حَقًّا لِلْعَبْدِ كان الْعَبْدُ مَشْهُودًا له فإذا أَنْكَرَ فَقَدْ كَذَّبَ شُهُودَهُ وَالْمَشْهُودُ له إذَا أكذب (((كذب))) شُهُودَهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتَهُمْ له
وَالثَّانِي أَنَّ إنْكَارَ الْمَشْهُودِ له حَقُّهُ مع حَاجَتِهِ إلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ يُوجِبُ تُهْمَةً في الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ لو كان ثَابِتًا لَتَبَادَرَ إلَى الدَّعْوَى وَلَا شَهَادَةَ لِمُتَّهَمٍ
وَأَمَّا قَوْلُهُ في الْإِعْتَاقِ تَحْرِيمُ الِاسْتِرْقَاقِ فَنَقُولُ الْإِعْتَاقُ لَا ينبىء عن ذلك وَإِنَّمَا ينبىء عن إثْبَاتِ الْقُوَّةِ وَالْخُلُوصِ على ما بَيَّنَّا وَذَلِكَ حَقُّهُ ثُمَّ إذَا ثَبَتَ حَقُّهُ بِالْإِعْتَاقِ حُرِّمَ الِاسْتِرْقَاقُ لِمَا فيه من إبْطَالِ حَقِّهِ وَهَذَا لَا يَدُلُّ على أَنَّ حُرْمَةَ الِاسْتِرْقَاقِ حَقُّ اللَّهِ عز وجل
أَلَا تَرَى أَنَّ سَائِرَ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ لِلْعِبَادِ يَحْرُمُ إبْطَالُهَا وَلَا يَدُلُّ على أَنَّ حُرْمَةَ إبْطَالِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى
على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا أَنَّ في الْعِتْقِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَالْمَقْصُودُ حَاصِلٌ لِأَنَّهُ من حَيْثُ أنه حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عليه من غَيْرِ دَعْوَى الْعَبْدِ وَمِنْ حَيْثُ أنه حَقُّ الْعَبْدِ لَا تُقْبَلُ فَدَارَتْ الشَّهَادَةُ بين الْقَبُولِ وَعَدَمِ الْقَبُولِ فَلَا تُقْبَلُ مع الشَّكِّ وَلِهَذَا لم تُقْبَلْ الشَّهَادَةُ على الْقَذْفِ من غَيْرِ دَعْوَى الْمَقْذُوفِ وَإِنْ كان حَدُّ الْقَذْفِ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى من وَجْهٍ وَحَقَّ الْعَبْدِ من وَجْهٍ كَذَا هَهُنَا
وَأَمَّا الْأَحْكَامُ فإما عِتْقُ الْأَمَةِ فَثَمَّةَ هَكَذَا فقول (((نقول))) أن تِلْكَ الشَّهَادَةَ لَا تُقْبَلُ على الْعِتْقِ

من حَيْثُ ذَاتُ الْعِتْقِ لِمَا قُلْنَا في الْعَبْدِ
وَإِنَّمَا تُقْبَلُ من حَيْثُ أن عِتْقَ الْأَمَةِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى على الْخُلُوصِ من حَيْثُ أنه سَبَبٌ لِتَحْرِيمِ الْفَرْجِ وَوَسِيلَةٌ إلَيْهِ وَالشَّيْءُ من حَيْثُ التَّسَبُّبُ وَالتَّوَسُّلِ غَيْرُ وَمِنْ حَيْثُ الذَّاتُ غَيْرٌ كما قُلْنَا في كُفْرِ الْمُحَارِبِ أنه يُوجِبُ الْقَتْلَ من حَيْثُ أنه سَبَبٌ لِلْحِرَابِ لَا من حَيْثُ ذَاتُهُ بَلْ ذَاتُ الْكُفْرِ غَيْرُ مُوجِبٍ لِأَنَّهُمَا غَيْرَان كَذَا هذا
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْفَصِلُ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ فإن الْعِتْقَ قد لَا يَكُونُ وَسِيلَةً إلَى تَحْرِيمِ الْفَرْجِ وهو عِتْقُ الْعَبْدِ ثُمَّ مَتَى قُبِلَتْ على الْعِتْقِ من حَيْثُ أنه سَبَبُ حُرْمَةِ الْفَرْجِ تُقْبَلُ من حَيْثُ ذَاتُ الْعِتْقِ وَكَذَا في طَلَاقِ الْمَرْأَةِ من غَيْرِ دَعْوَاهَا وَلَيْسَ لِلْعِتْقِ في مَحِلِّ النِّزَاعِ سَبَبِيَّةُ تَحْرِيمِ الْفَرْجِ
فَلَوْ قُبِلَ لَقُبِلَ على ذَاتِ الْعِتْقِ وَلَا وَجْهَ إلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا فإن (((فإنه))) قِيلَ ما ذَكَرْتُمْ من الْعُذْرِ في فَصْلِ الْأَمَةِ وَالطَّلَاقُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ على عِتْقِ الْأَمَةِ الْمَجُوسِيَّةِ وَالْأُخْتُ من الرَّضَاعَةِ مَقْبُولَةٌ من غَيْرِ دَعْوَى وَهَذِهِ الشَّهَادَةُ لَا تَتَضَمَّنُ حُرْمَةَ الفروج (((الفرج))) لِأَنَّ الْحُرْمَةَ كانت ثَابِتَةً قبل ذلك وَكَذَا الشَّهَادَةُ على الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالطَّلَاقِ الْمُضَافِ إلَى الْمِلْكِ يُقْبَلُ من غَيْرِ دَعْوَى وَلَا تَتَضَمَّنُ هذه الشَّهَادَةُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ
فَالْجَوَابُ أَنَّ من أَصْحَابِنَا من يَمْنَعُ الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ فقالو (((فقالوا))) لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ فِيهِمَا من غَيْرِ دَعْوَى لِأَنَّهَا لَا تَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ وَمِنْهُمْ من سَلَّمَ مَسْأَلَةَ الْمَجُوسِيَّةِ وَمَنَعَ مَسْأَلَةَ الْأُخْتِ من الرَّضَاعَةِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا من حَيْثُ أن وَطْءَ الْأَمَةِ الْمَجُوسِيَّةِ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى وَإِنَّمَا مَنَعَ من الِاسْتِيفَاءِ لِخُبْثِهَا كما يُمْنَعُ من الْوَطْءِ حَالَةَ الْحَيْضِ وَلِهَذَا لو وَطِئَهَا لَا يَسْقُطُ إحْصَانُهُ وَبَعْدَ الْعِتْقِ لو وَطِئَهَا يَسْقُطُ إحْصَانُهُ فَالشَّهَادَةُ على عِتْقِهَا تَضَمَّنَتْ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ فَقُبِلَتْ من غَيْرِ دَعْوَى فَأَمَّا الْأُخْتُ من الرَّضَاعَةِ فَحَرَامُ الْوَطْءِ حَقِيقَةً حتى لو وَطِئَهَا يَسْقُطُ إحْصَانُهُ مع قِيَامِ مِلْكِ الْيَمِينِ وَالْمُعْتَبَرُ في الْبَابِ تَحْرِيمُ الْفَرْجِ لَا الْأُنُوثَةُ وَالشَّهَادَةُ على النَّسَبِ قَطُّ لَا تُقْبَلُ من غَيْرِ دَعْوَى وَفِيمَا ذَكَرَ من الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ ما إذَا كان صَغِيرًا فَلَا تُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ ما لم يُنَصِّبْ الْقَاضِي خَصْمًا عن الصَّغِيرِ لِيَدَّعِيَ النَّسَبَ له بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ شَرْعًا نَظَرًا لِلصَّغِيرِ الْعَاجِزِ عن إحْيَاءِ حَقِّهِ بِنَفْسِهِ وَالْقَاضِي نُصِّبَ نَاظِرًا لِلْمُسْلِمِينَ وكان ذلك شَهَادَةً على خَصْمٍ
وَأَمَّا الِاسْتِيلَادُ فَهُوَ سَبَبٌ لِتَحْرِيمِ الْفَرْجِ والدعاوي في الْجُمْلَةِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقِيقَةَ الْحُرِّيَّةِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْحُرْمَةُ لَازِمَةٌ لِلْحُرِّيَّةِ حتى لَا يُبَاحَ لها مَسُّ الْمَوْلَى وَغَسْلُهُ بِسَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ الِاسْتِيلَادُ في الْحَالِ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ سَبَبًا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى في الْحَالِ فَيُقَامُ السَّبَبُ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ في حَقِّ التَّحْرِيمِ احْتِيَاطًا وهو الْجَوَابُ عن الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالطَّلَاقِ الْمُضَافِ إلَى الْحُرِّيَّةِ ثَمَّةَ ثَبَتَ في الْجُمْلَةِ أَيْضًا عِنْدَ وُجُودِ زَوَالِ الْحِلِّ فَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ قَائِمًا مَقَامَ الْمُسَبَّبِ في حَقِّ الْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا
وَأَمَّا الِابْتِدَاءُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أن عَدَالَةَ الشَّاهِدِ دَلَالَةُ صِدْقِهِ في شَهَادَتِهِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَثْبُتُ الْمَشْهُودُ بِهِ ظَاهِرًا وَالْقَاضِي مُكَلَّفٌ بِالْقَضَاءِ بِالظَّاهِرِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تُشْتَرَطَ الدَّعْوَى لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ أَصْلًا وَلِهَذَا لم تُشْرَطْ في عِتْقِ الْأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمَرْأَةِ وَأَسْبَابِ الْحُدُودِ إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا اشْتِرَاطَهَا فِيمَا وَرَاءَ الْعِتْقِ من حُقُوقِ الْعِبَادِ بِالْإِجْمَاعِ فَيَقْتَصِرُ على مَوْرِدِ الْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أن خَبَرَ من ليس بِمَعْصُومٍ عن الْكَذِبِ مُحْتَمِلٌ لِلْكَذِبِ

فَلَا يُفِيدُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي بِالْمَشْهُودِ بِهِ وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يَجُوزَ الْقَضَاءُ بِمَا لَا عِلْمَ لِلْقَاضِي بِهِ وَبِمَا ليس بِثَابِتٍ قَطْعًا لِقَوْلِهِ عز وجل { وَلَا تَقْفُ ما ليس لك بِهِ عِلْمٌ } وأنه اسْمٌ لِلثَّابِتِ قَطْعًا
وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يا دَاوُد إنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً في الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بين الناس بِالْحَقِّ } وَالْحَقُّ اسْمٌ لِلْكَائِنِ الثَّابِتِ وَلَا ثُبُوتَ مع احْتِمَالِ الْعَدَمِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ الْقَضَاءُ بِهِ أَصْلًا إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ جاء بِالْجَوَازِ لِحَاجَةِ الْعِبَادِ إلَى دَفْعِ الْفَسَادِ وهو الْمُنَازَعَةُ الْقَائِمَةُ بَيْنَهُمَا بِالدَّعْوَى وَالْمُنَازَعَةُ سَبَبُ الْفَسَادِ أو لِدَفْعِ فَسَادِ الزِّنَا كما في حَدِّ الزِّنَا وَعِتْقِ الْأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمَرْأَةِ أو لِدَفْعِ فَسَادِ السُّكْرِ في حَدِّ الشَّارِبِ وَالسُّكْرِ فَأُلْحِقَ الْمُحْتَمَلَ بِالْمُتَيَقَّنِ أو اكْتَفَى بِظَاهِرِ الصِّدْقِ مع الِاحْتِمَالِ دَفْعًا لِلْفَسَادِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ فِيمَا وَرَاءَ ذلك على الْأَصْلِ
وَعَلَى هذا شَاهِدَانِ شَهِدَا على رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ وَالْعَبْدَانِ يَدَّعِيَانِ الْعِتْقَ أو يَدَّعِيَهُ أَحَدُهُمَا فَإِنْ شَهِدَا في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى وَصِحَّتِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الدَّعْوَى شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ على عِتْقِ الْعَبْدِ عِنْدَهُ والمدعى مجول (((مجهول))) فَجَهَالَةُ المدعى مَنَعَتْهُ صِحَّةَ الدعوة (((الدعوى))) فَامْتَنَعَ قَبُولُ الشَّهَادَةِ وَعِنْدَهُمَا الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَجَهَالَةُ الْمُدَّعِي لَا تَكُونُ أَقَلَّ من عَدَمِ الدَّعْوَى فَلَا تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فَتُقْبَلُ وَيُجْبَرُ على الْبَيَانِ وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ وَفَاتِهِ على أَنَّهُ

أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا في حَالِ صِحَّتِهِ فَهُوَ على هذا الْخِلَافِ وَإِنْ شَهِدَا على ذلك وهو مَرِيضٌ فَمَاتَ أو شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ على أَنَّهُ قال ذلك في الْمَرَضِ لَا تُقْبَلُ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وفي الِاسْتِحْسَانِ تُقْبَلُ وَلَا خِلَافَ في أيهما (((أنهما))) إذَا شَهِدَا على أَنَّهُ طَلَّقَ إحْدَى امْرَأَتَيْهِ تُقْبَلُ وَيُخَيَّرُ فَيَخْتَارُ طَلَاقَ إحْدَاهُمَا
وَجْهُ قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ وَالْمُدَّعِي مَجْهُولٌ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُدَّعِيَ هَهُنَا مَعْلُومٌ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ في مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ وَالْخَصْمُ في تَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ هو الموصى فَكَانَ الْمَيِّتُ الْمَشْهُودُ له لِوُقُوعِ الشَّهَادَةِ له فَكَانَ المدعى مَعْلُومًا فَجَازَتْ الشَّهَادَةُ له بِخِلَافِ حَالِ الصِّحَّةِ فإن الشَّهَادَةَ هُنَاكَ وَقَعَتْ لِأَحَدِ العيدين (((العبدين))) فَكَانَ الْمَشْهُودُ له مَجْهُولًا فلم تُجْزِ الشَّهَادَةُ وَلِأَنَّ الْمَوْلَى لَمَّا مَاتَ فَقَدْ شَاعَ الْعِتْقُ فِيهِمَا جميعا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا في حَقِّ نَفْسِهِ مُتَعَيِّنًا فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِخِلَافِ حَالِ الْحَيَاةِ وَالصِّحَّةِ
وَكَذَلِكَ جَوَابُ أبي حَنِيفَةَ في هذه الْمَسْأَلَةِ في الْأَمَتَيْنِ بِأَنْ شهد (((شهدا))) بِأَنَّهُ أَعْتَقَ إحْدَى أَمَتَيْهِ أنها لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ انْعِدَامَ اشْتِرَاطِ الدَّعْوَى بِقَبُولِ الشَّهَادَةِ على عِتْقِ الْأَمَةِ لِكَوْنِهِ سَبَبًا لِحُرْمَةِ الْفَرْجِ وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا تَثْبُتُ حُرْمَةُ الْفَرْجِ بِالْعِتْقِ الْمُبْهَمِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَكَانَ الْجَوَابُ في الْعَبْدَيْنِ وَالْأَمَتَيْنِ هَهُنَا عِنْدَهُ على السَّوَاءِ بِخِلَافِ ما إذَا شَهِدَا على أَنَّهُ طَلَّقَ إحْدَى امْرَأَتَيْهِ أنها تُقْبَلُ لِأَنَّهَا قَامَتْ على سَبَبِ حُرْمَةِ الْفَرْجِ وَالدَّعْوَى فيها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فُلَانًا لم تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّ الْمُدَّعَى عليه مَجْهُولٌ وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا له وَسَمَّاهُ وَنَسِينَاهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ الشَّاهِدَ إذَا نَسِيَ ما تَحَمَّلَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ سَالِمًا وَلَا يَعْرِفَانِ سَالِمًا وَلَهُ عَبْدٌ اسْمُهُ سَالِمٌ ليس له غَيْرُهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا وَلَوْ شَهِدَا بِهِ في الْبَيْعِ لَا تُقْبَلُ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَحْتَمِلُ الْجَهَالَةَ أَصْلًا وَالْعِتْقُ يَحْتَمِلُ ضَرْبًا من الْجَهَالَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ وَيَجُوزُ إعْتَاقُ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ وَلَوْ اخْتَلَفَ الشَّاهِدَانِ في الشَّرْطِ الذي عَلَّقَ بِهِ الْعِتْقَ لم تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا شَهِدَا بِعَقْدَيْنِ كُلُّ عَقْدٍ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ولم يُوجَدْ

وَالْأَصْلُ فيه أَنَّهُ إذَا اخْتَلَفَتْ شَهَادَةُ الشَّاهِدَيْنِ فَإِنْ كان ذلك في دَعْوَى الْعِتْقِ لَا تُقْبَلُ أَصْلًا وَإِنْ كان في دَعْوَى الْمَالِ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ وَوِفَاقٌ وَاخْتِلَافٌ نَذْكُرُ ذلك كُلَّهُ في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

كِتَابُ التَّدْبِيرِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ فِيمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعِتْقِ وهو بَيَانُ رُكْنِ التَّدْبِيرِ وَبَيَانُ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وَبَيَانُ صِفَةِ التَّدْبِيرِ وَبَيَانُ حُكْمِ التَّدْبِيرِ وَوَقْتِ ثُبُوتِ حُكْمِهِ وَبَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ التَّدْبِيرُ

فَصْلٌ أَمَّا الْأَوَّلُ فَرُكْنُ التَّدْبِيرِ هو اللَّفْظُ الدَّالُ على مَعْنَى التَّدْبِيرِ لُغَةً وهو إثْبَاتُ الْعِتْقِ عن دُبُرٍ ثُمَّ إثْبَاتُ الْعِتْقِ عن دُبُرٍ نَوْعَانِ مُطْلَقٌ وَمُقَيَّدٌ

أَمَّا الْمُطْلَقُ فَهُوَ أَنْ يُعَلِّقَ الرَّجُلُ عِتْقَ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ مُطْلَقًا وَلَهُ أَلْفَاظٌ قد تَكُونُ بِصَرِيحِ اللَّفْظِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أنت مُدَبَّرٌ أو دَبَّرْتُك وقد تَكُونُ بِلَفْظِ التَّحْرِيرِ وَالْإِعْتَاقِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي أو حَرَّرْتُكَ بَعْدَ موتى أو أنت مُعْتَقٌ أو عَتِيقٌ بَعْدَ مَوْتِي أو أَعْتَقْتُك بَعْدَ مَوْتِي

وَكَذَا إذَا قال أنت حُرٌّ عِنْدَ مَوْتِي أو مع مَوْتِي أو في مَوْتِي هو بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ بَعْدَ مَوْتِي لِأَنَّ عِنْدَ كَلِمَةُ حَضْرَةٍ فَعِنْدَ الْمَوْتِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ الْمَوْتِ فَيَكُونَ مَوْتُهُ بِمَعْنَى الشَّرْطِ وَجَمْعٌ لِلْمُقَارَنَةِ وَمُقَارَنَةُ الشَّيْءِ يَقْتَضِي وُجُودَهُمَا وفي (((و))) الظرف فإذا دخل ما لَا يَصْلُحُ ظَرْفًا يَجْعَلُ شَرْطًا كما إذَا قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ في دُخُولِكَ الدَّارَ وقد يَكُونُ بِلَفْظِ الْيَمِينِ بِأَنْ يَقُولَ إنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أو يَقُولَ إذَا مِتُّ أو مَتَى مِتُّ أو مَتَى ما مِتُّ أو إنْ حَدَثَ بِي حَدَثٌ أو مَتَى حَدَثَ بِي لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِالْمَوْتِ مُطْلَقًا وَكَذَا إذَا ذَكَرَ في هذه الْأَلْفَاظِ مَكَانَ الْمَوْتِ الْوَفَاةَ أو الْهَلَاكَ

وَلَوْ قال إنْ مَاتَ فُلَانٌ فَأَنْتَ حُرٌّ لم يَكُنْ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ تَعْلِيقُ عِتْقِ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ فلم يَكُنْ هذا تَدْبِيرًا بَلْ كان تَعْلِيقًا بِشَرْطٍ مُطْلَقٍ كَالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ من دُخُولِ الدَّارِ وَكَلَامِ زَيْدٍ وَغَيْرِ ذلك

وقال أبو يُوسُفَ لو قال أنت حُرٌّ إنْ مِتُّ أو قُتِلْتُ فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ وقال زُفَرُ هو مُدَبَّرٌ لِأَنَّهُ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِالْمَوْتِ وَأَنَّهُ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ وَلِأَبِي يُوسُفَ إنْ عَلَّقَ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ فَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا

كما لو قال إنْ مِتّ أو مَاتَ زَيْدٌ

وَلَوْ قال إنْ مِتّ وَفُلَانٌ فَأَنْتَ حُرٌّ أو قال أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَمَوْتِ فُلَانٍ أو قال بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ وَمَوْتِي لم يَكُنْ مُدَبَّرًا إلَّا أَنْ يَمُوتَ فُلَانٌ قَبْلَهُ فَيَصِيرُ حِينَئِذٍ

مُدَبَّرًا وَإِنَّمَا لَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا لِلْحَالِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ الْمَوْلَى أَوَّلًا فَلَا يُعْتَقُ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِشَرْطَيْنِ بِمَوْتِهِ وَمَوْتِ فُلَانٍ فَلَا يُعْتَقُ بِمَوْتِهِ وَحْدَهُ وَيَصِيرُ الْعَبْدُ مِيرَاثًا فَبَعْدَ ذلك إنْ مَاتَ فُلَانٌ وَوُجِدَ الشَّرْطُ الْآخَرُ فَإِنَّمَا وُجِدَ بَعْدَمَا انْتَقَلَ الْمِلْكُ إلَى الْوَرَثَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَمُوتَ فُلَانٌ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا وَيُعْتَقَ بِمَوْتِ الْمَوْلَى فَكَانَ هذا كَالتَّدْبِيرِ الْمُقَيَّدِ

ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوَّلًا فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ لِمَا بَيَّنَّا

وإما مَاتَ فُلَانٌ أَوَّلًا فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا لِأَنَّ التَّدْبِيرَ صَارَ مُطْلَقًا وَصَارَ الْعَبْدُ بِحَالِهِ يُعْتَقُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى ثُمَّ اسْتَشْهَدَ في الْأَصْلِ فقال أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قال أنت حُرٌّ بَعْدَ كَلَامِك فُلَانًا وَبَعْدَ مَوْتِي فَكَلَّمَ فُلَانًا كان مُدَبَّرًا

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ إذَا كَلَّمْت فُلَانًا فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَكَلَّمَهُ صَارَ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ بَعْدَ الْكَلَامِ صَارَ التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا فَكَذَا هذا وقد يَكُونُ بِلَفْظِ الْوَصِيَّةِ وهو أَنْ يُوصِيَ لِعَبْدِهِ بِنَفْسِهِ أو بِرَقَبَتِهِ أو بِعِتْقِهِ أو يُوصِيَهُ بِوَصِيَّةٍ يَسْتَحِقُّ من جُمْلَتِهَا رَقَبَتَهُ أو بَعْضَهَا نَحْوُ أَنْ يَقُولَ له أَوْصَيْتُك بِنَفْسِك أو بِرَقَبَتِك أو بِعِتْقِك أو كل ما يُعَبَّرُ بِهِ عن جُمْلَةِ الْبَدَنِ لِأَنَّ الموصى يَزِيلُ مِلْكَهُ بِالْوَصِيَّةِ ثُمَّ إنْ كان الْمُوصَى له مِمَّنْ يَحْتَمِلُ الْمِلْكَ يَزُولُ الْمِلْكُ إلَيْهِ وَإِلَّا فَيَزُولُ لَا إلَى أَحَدٍ وَالْحُرُّ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ نَفْسَهُ لِمَا فيه من الِاسْتِحَالَةِ فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ له بِنَفْسِهِ إزَالَةَ الْمِلْكِ لَا إلَى أَحَدٍ وَهَذَا مَعْنَى الاعتاق فَهَذَا الطَّرِيقُ جَعَلَ بَيْعَ نَفْسِ الْعَبْدِ وَهِبَتَهَا له إعْتَاقًا كَذَا هذا فَيَصِيرُ في مَعْنَى قَوْلِهِ أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي

وَكَذَا لو قال له أَوْصَيْت لك بِثُلُثِ مَالِي لِأَنَّ رَقَبَتَهُ من جُمْلَةِ ماله فَصَارَ موصي له بِثُلُثِهَا وون هذا إزَالَةُ الْمِلْكِ من الثُّلُثِ لَا إلَى أَحَدٍ فَيَكُونُ إعْتَاقًا

وروي بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ فيمن أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِسَهْمٍ من مَالِهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَوْ أَوْصَى له بِجُزْءٍ من مَالِهِ لم يُعْتَقْ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ السَّهْمَ عِبَارَةٌ عن السُّدُسِ فإذا أَوْصَى له بِسُدُسِ مَالِهِ فَقَدْ دخل سُدُسُ رَقَبَتِهِ في الْوَصِيَّةِ فَأَمَّا اسْمُ الْجُزْءِ فَلَا يَتَضَمَّنُ الْوَصِيَّةَ بِالرَّقَبَةِ لَا مَحَالَةَ فَكَانَ الْخِيَارُ فيه إلَى الْوَرَثَةِ فَلَهُمْ التَّعْيِينُ فِيمَا شَاءَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا الْمُقَيَّدُ فَهُوَ أَنْ يُعَلِّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ مَوْصُوفًا بِصِفَةٍ أو بِمَوْتِهِ وَشَرْطٌ آخَرُ نحو أَنْ يَقُولَ إنْ مِتّ من مَرَضِي هذا أو في سَفَرِي هذا فَأَنْتَ حُرٌّ أو يقول إنْ قُتِلْت فَأَنْتَ حُرٌّ أو إنْ غَرِقْت فَأَنْتَ حُرٌّ أو إنْ حَدَثَ بِي حَدَثٌ من مَرَضِي هذا أو من سَفَرِي هذا فَأَنْتَ حُرٌّ وَنَحْوُ ذلك مِمَّا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ على تِلْكَ الصِّفَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونُ وَكَذَا إذَا ذَكَرَ مع مَوْتِهِ شَرْطًا آخَرَ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ مُقَيَّدٌ وَحُكْمُهُ يُذْكَرُ في مَوْضِعه إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لو قال إذَا مِتُّ وَدُفِنْتُ أو غُسِّلْتُ أو كُفِّنْتُ فَأَنْت حُرٌّ فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ يُرِيدُ بِهِ في حَقِّ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالتَّدْبِيرِ في حَالِ حَيَاةِ الْمُدَبِّرِ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِالْمَوْتِ وَبِمَعْنًى آخَرَ فلم يَكُنْ مُدَبَّرًا مُطْلَقًا فَإِنْ مَاتَ وهو في مِلْكِهِ اسْتَحْسَنْت أَنْ يُعْتَقَ من الثُّلُثِ

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُعْتَقُ كما لو قال إذَا مِتّ فَدَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَمَاتَ الْمَوْلَى فَدَخَلَ الْعَبْدُ الدَّارَ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ كَذَا هذا لَكِنَّهُ اسْتَحْسَنَ وقال يُعْتَقُ من الثُّلُثِ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِالْمَوْتِ وَبِمَا هو من عَلَائِقِهِ فَصَارَ كما لو عَلَّقَهُ بِمَوْتٍ بِصِفَةٍ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْمُدَبَّرِ الْمُقَيَّدِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ إذَا مِتُّ فَدَخَلْت الدَّارَ لِأَنَّ دُخُولَ الدَّارِ لَا تَعَلَّقَ له بِالْمَوْتِ فلم يَكُنْ تعلقا (((تعليقا))) بِمَوْتٍ بِصِفَةٍ فلم يَكُنْ تَدْبِيرًا أَصْلًا بَلْ كان يَمِينًا مُطْلَقًا فَيَبْطُلُ بِالْمَوْتِ كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ثُمَّ التَّدْبِيرُ قد يَكُونُ مُطْلَقًا وقد يَكُونُ مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ

أَمَّا الْمُطْلَقُ فما ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْمُعَلَّقُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ إنْ دَخَلْت الدَّارَ أو إنْ

كَلَّمْت فُلَانًا أو إذَا قَدِمَ زَيْدٌ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إثْبَاتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ وَحَقِيقَةُ الْحُرِّيَّةِ تَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَكَذَا في حَقِّ التَّدْبِيرِ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ إذَا قال أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْتِ فَإِنْ نَوَى بِقَوْلِهِ إنْ شِئْت السَّاعَةَ فَشَاءَ الْعَبْدُ في سَاعَتِهِ تِلْكَ صَارَ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِشَرْطٍ وهو الْمَشِيئَةُ وقد وُجِدَ الشَّرْطُ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا كما إذَا قال إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ وَإِنْ عَنَى بِهِ مَشِيئَتَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَيْسَ لِلْعَبْدِ مَشِيئَةٌ حتى بموت (((يموت))) الْمَوْلَى لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِشَرْطٍ يُوجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ فإذا وُجِدَ قَبْلَهُ لَا يُعْتَبَرُ فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى فَشَاءَ عِنْدَ مَوْتِهِ فَهُوَ حُرٌّ من ثُلُثِهِ كَذَا ذَكَرَهُ في الْأَصْلِ
وَذَكَرَ الْحَاكِمُ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّ الْمُرَادَ منه أَنْ يُعْتِقَهُ الْوَصِيُّ أو الْوَارِثُ لِأَنَّ الْعِتْقَ هَهُنَا لم يَتَعَلَّقْ بِالْمَوْتِ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِهِ وَبِأَمْرٍ آخَرَ بَعْدَهُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْإِعْتَاقِ فَيَجِبُ أَنْ لَا يُعْتَقَ

ما لم يُعْتَقْ وَكَذَا ذَكَرَ الْجَصَّاصُ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ حتى يُعْتِقَهُ الْوَرَثَةُ لِمَا قُلْنَا
وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ وَعِيسَى بن أَبَانَ وأبو سُلَيْمَانَ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ قال لِرَجُلٍ إذَا مِتّ فَأَعْتِقْ عَبْدِي هذا إنْ شِئْت أو قال إذَا مِتّ فَأَمْرُ عَبْدِي هذا بِيَدِك ثُمَّ مَاتَ فَشَاءَ الرَّجُلُ عِتْقَهُ في الْمَجْلِسِ أو بَعْدَ الْمَجْلِسِ فَلَهُ أَنْ يُعْتِقَهُ لِأَنَّ هذا وَصِيَّةٌ بِالْإِعْتَاقِ وَالْوَصَايَا لَا يَتَقَيَّدُ الْقَبُولُ فيها بِالْمَجْلِسِ
وَكَذَا إنْ قال عَبْدِي هذا حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْت فَشَاءَ بَعْدَ مَوْتِهِ في الْمَجْلِسِ أو بَعْدَ الْمَجْلِسِ فَقَدْ وجدت (((وجبت))) الْوَصِيَّةُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا يَتَقَيَّدُ قَبُولُهَا بِالْمَجْلِسِ وَلَا يُعْتَقُ الْعَبْدُ حتى يُعْتِقَهُ الْوَرَثَةُ أو الْوَصِيُّ أو الْقَاضِي وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْحَاكِمِ وَالْجَصَّاصِ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ سِوَى أَنَّ هُنَاكَ عَلَّقَ بِمَشِيئَةِ الْعَبْدِ
وَهَهُنَا عَلَّقَ بِمَشِيئَةِ الأجنبى
وَكَذَلِكَ لو قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ إنْ شِئْت بَعْدَ مَوْتِي فَمَاتَ الْمَوْلَى وَقَامَ الْعَبْدُ من مَجْلِسِهِ الذي عَلِمَ فيه بِمَوْتِ الْمَوْلَى أو أَخَذَ في عَمَلٍ آخَرَ فإن ذلك لَا يُبْطِلُ شيئا مِمَّا جَعَلَهُ إلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذا وَصِيَّةٌ بِالْإِعْتَاقِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ وَالْوَصِيَّةُ لَا يَقِفُ قَبُولُهَا على الْمَجْلِسِ
وَأَمَّا الْمُضَافُ إلَى وَقْتٍ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ أنت مُدَبَّرٌ غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا فإذا جاء الْوَقْتُ صَارَ مُدَبَّرًا لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إثْبَاتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ فَيَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ كَإِثْبَاتِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ وَلِهَذَا احْتَمَلَ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ كَذَا الْإِضَافَةُ
وقد رَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ وَلَا يُعْتَقُ إلَّا أَنْ يُعْتَقَ
وروي ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَاطِلًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو جَنَى قبل الشَّهْرِ دفع (((دفعه))) بِالْجِنَايَةِ وَلَوْ لَحِقَهُ دَيْنٌ بِيعَ فيه
وَوَجْهُ الْقِيَاسِ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا عَلَّقَ الْعِتْقَ بِمُضِيِّ شَهْرٍ بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَمَا مَاتَ انْتَقَلَ الْمِلْكُ فيه إلَى الْوَرَثَةِ ولم يَبْقَ إلَّا مُضِيُّ الزَّمَانِ وهو الشَّهْرُ فَلَا يُحْتَمَلُ ثُبُوتُ الْعِتْقِ بِهِ فَيَبْطُلَ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فَجَعَلُوهُ وَصِيَّةً بالاعتاق لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِلِ يُحْمَلُ على الصِّحَّةِ ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ حَمْلُهُ على الْوَصِيَّةِ بِالْإِعْتَاقِ بَعْدَ

مُضِيِّ شَهْرٍ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُحْمَلُ عليها
وَلَوْ قال أنت حُرٌّ قبل مَوْتِي بِشَهْرٍ فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ لِأَنَّهُ ما أَضَافَ الْعِتْقَ إلَى الْمَوْتِ أَصْلًا بَلْ أَضَافَهُ إلَى زَمَانٍ مَوْصُوفٍ بِأَنَّهُ قبل مَوْتِهِ بِشَهْرٍ من وَقْتِ التَّكَلُّمِ وَهَذَا أَيْضًا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ بجواز (((لجواز))) أَنْ يَمُوتَ قبل تَمَامِ الشَّهْرِ من وَقْتِ الْكَلَامِ فَلَا يَكُونُ مُدَبَّرًا لِلْحَالِ وإذا مضي شَهْرٌ قبل مَوْتِ الْمَوْلَى وهو في مِلْكِهِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ مُدَبَّرٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ليس بِمُدَبَّرٍ وَعَلَّلَ الْقُدُورِيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمَّا مَضَى شَهْرٌ صَارَ كَأَنَّهُ قال عِنْدَ مُضِيِّ الشَّهْرِ أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي
وَذَكَرَ في الْجَامِعِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُدَبَّرًا وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ولم يذكر الْخِلَافَ وهو الصَّحِيحُ أَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْمُدَبَّرَ اسْمٌ لِمَنْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِمُطْلَقِ مَوْتِ الْمَوْلَى وَهَهُنَا ما أَضَافَ الْعِتْقَ إلَى الْمَوْتِ أَصْلًا بَلْ أَضَافَهُ إلَى أَوَّلِ الشَّهْرِ وَكَذَا حُكْمُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يَثْبُتُ من أَوَّلِ الشَّهْرِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ أو يَسْتَنِدُ إلَيْهِ وَالثَّابِتُ بِالتَّدْبِيرِ يَقْتَصِرُ على حَالَةِ الْمَوْتِ وَلَا يَسْتَنِدُ وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ ما ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ من التَّعْلِيلِ لِأَبِي حَنِيفَةَ غَيْرُ سَدِيدٍ
وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَقَدْ ذُكِرَ في النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَهُمَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا مُطْلَقًا وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا مَضَى الشَّهْرُ ظَهَرَ أَنَّ عِتْقَهُ تَعَلَّقَ بِمُطْلَقِ مَوْتِ الْمَوْلَى فَصَارَ كَأَنَّهُ قال عِنْدَ مُضِيِّهِ أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَصَارَ مُدَبَّرًا مُطْلَقًا
وَأَمَّا على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْهُمَا فَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ ما عَلَّقَ عِتْقَهُ بِالْمَوْتِ بَلْ بِشَهْرٍ وَمُتَّصِلٍ بِالْمَوْتِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قال أنت حُرٌّ قبل مَوْتِي بِسَاعَةٍ وَلَوْ قال يوم أَمُوتُ فَأَنْتَ حُرٌّ أو أنت حُرٌّ يوم أَمُوتُ فَإِنْ نَوَى بِهِ النَّهَارَ دُونَ اللَّيْلِ لم يَكُنْ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ إذْ الْيَوْمُ اسْمٌ لِبَيَاضِ النَّهَارِ لُغَةً وَيَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ بِاللَّيْلِ لَا بِالنَّهَارِ فَلَا يَكُونُ هذا مُدَبَّرًا مُطْلَقًا وَإِنْ عَنَى بِهِ الْوَقْتَ الْمُبْهَمَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ لِأَنَّ الْيَوْمَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الْوَقْتُ الْمُطْلَقُ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ } وَمَنْ وَلَّى بِاللَّيْلِ لَحِقَهُ الْوَعِيدُ الْمَذْكُورُ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ فِيمَنْ قال إنْ مِتّ إلَى سَنَةٍ أو إلَى عَشْرِ سِنِينَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ لِأَنَّهُ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِمَوْتٍ بِصِفَةٍ تَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ فَإِنْ قال إنْ مِتّ إلَى مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إلَى ذلك الْوَقْتِ في الْغَالِبِ فَهُوَ مُدَبَّرٌ لِأَنَّ مَوْتَهُ في تِلْكَ الْمُدَّةِ كَائِنٌ لَا مَحَالَةَ
وَرَوَى هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ قال أنت مُدَبَّرٌ بَعْدَ مَوْتِي فَهُوَ مُدَبَّرٌ السَّاعَةَ لِأَنَّهُ أَضَافَ التَّدْبِيرَ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ وَالتَّدْبِيرُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُتَصَوَّرُ فَيَلْغُو قَوْلُهُ بَعْدَ مَوْتِي فَيَبْقَى قَوْلُهُ أنت مُدَبَّرٌ أو يُجْعَلَ قَوْلُهُ أنت مُدَبَّرٌ أَيْ أنت حُرٌّ فَيَصِيرَ كَأَنَّهُ قال أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي
وَلَوْ قال أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَالْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ كَذَا ذُكِرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ

الرِّوَايَةِ وَرُوِيَ عن أن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقَبُولَ في هذا على حَالَةِ الْحَيَاةِ لَا بَعْدَ الْمَوْتِ فإذا قَبِلَ في الْمَجْلِسِ صَحَّ التَّدْبِيرُ وَصَارَ مُدَبَّرًا وَلَا يَلْزَمُهُ الْمَالُ وإذا مَاتَ عَتَقَ وَلَا شَيْءَ عليه
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا إيجَابُ الْعِتْقِ في حال (((الحال))) بِعِوَضٍ إلَّا أَنَّ الْعِتْقَ

يَتَأَخَّرُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ الْقَبُولُ في الْمَجْلِسِ كما إذَا قال له إنْ شِئْت فَأَنْتَ حُرٌّ رَأْسَ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الْمَشِيئَةُ في الْمَجْلِسِ لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ رَأْسَ الشَّهْرِ كَذَا هَهُنَا فإذا قَبِلَ في الْمَجْلِسِ صَحَّ التَّدْبِيرُ وَلَا يَلْزَمُهُ الْمَالُ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى مُطْلَقًا فَلَا يَجِبُ عليه لِلْمَوْلَى دَيْنٌ وإذا مَاتَ عَتَقَ لِوُجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ وهو الْمَوْتُ وَلَا يَلْزَمُهُ الْمَالُ لِأَنَّهُ لم يَلْزَمْهُ وَقْتُ الْقَبُولِ فَلَا يَلْزَمُهُ وَقْتُ الْعِتْقِ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ أَضَافَ الْإِيجَابَ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَكُونُ الْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ إذْ الْقَبُولُ بَعْدَ الْإِيجَابِ يَكُونُ وَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ من الثُّلُثِ وَقَبُولُ الْوَصَايَا بَعْدَ الْمَوْتِ وإذا كان الْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ في حَالِ الْحَيَاةِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ الْمَوْتِ فإذا قَبِلَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهَلْ يُعْتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِنَفْسِ الْقَبُولِ أو لَا يُعْتَقُ إلَّا بِإِعْتَاقِ الْوَارِثِ أو الْوَصِيِّ أو القاضي

لم يُذْكَرْ هذا في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

وَلَوْ قال أنت مُدَبَّرٌ على أَلْفٍ فَقَبِلَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ وَالْمَالُ سَاقِطٌ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِشَرْطٍ وهو قَبُولُ الْمَالِ فإذا قَبِلَ صَارَ مُدَبَّرًا وَالْمُدَبَّرُ على مِلْكِ الْمَوْلَى فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَهُ دَيْنٌ لِمَوْلَاهُ فَسَقَطَ

وَرَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ في نَوَادِرِهِ فِيمَنْ قال لِعَبْدِهِ أنت مُدَبَّرٌ على أَلْفٍ قال أبو حَنِيفَةَ ليس له الْقَبُولُ السَّاعَةَ وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ قَبِلَ أو لم يَقْبَلْ فَإِنْ مَاتَ وهو في مِلْكِهِ فقال قد قَبِلْتُ أَدَّى الْأَلْفَ وَعَتَقَ وهو رِوَايَةُ عَمْرٍو عن مُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ إنْ لم يَقْبَلْ حتى مَاتَ ليس له أَنْ يَقْبَلَ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ أَدَّى الْأَلْفَ وَعَتَقَ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْعِتْقِ من غَيْرِ إعْتَاقِ الْوَارِثِ أو الْوَصِيِّ

وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ إذَا قال إذَا مِتّ فَأَنْتَ حُرٌّ على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إلَى الْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ فإذا قَبِلَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يُعْتَقُ بِالْقَبُولِ حتى تُعْتِقَهُ الْوَرَثَةُ أو الْوَصِيُّ لِأَنَّ الْعِتْقَ قد تَأَخَّرَ وُقُوعُهُ عن الْمَوْتِ وَكُلُّ عِتْقٍ تَأَخَّرَ وُقُوعُهُ عن الْمَوْتِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِإِيقَاعٍ من الْوَارِثِ أو الْوَصِيِّ لِأَنَّهُ يَكُونُ وَصِيَّةً بِالْإِعْتَاقِ فَلَا يَثْبُتُ ما لم يُوجَدْ الْإِعْتَاقُ كما لو قال أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ أو بِشَهْرٍ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ ما لم يُعْتِقْهُ الْوَارِثُ أو الْوَصِيُّ بَعْدَ مُضِيِّ الْيَوْمِ أو الشَّهْرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هَهُنَا ثُمَّ في الْوَصِيَّةِ بِالْإِعْتَاقِ بملك (((يملك))) الْوَارِثُ الْإِعْتَاقَ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا حتى لو قال له إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَدَخَلَ يُعْتَقُ كما لو نَجَّزَ الْعِتْقَ وَالْوَصِيُّ يَمْلِكُ التَّنْجِيزَ لَا التَّعْلِيقَ حتى لو عَلَّقَ بِالدُّخُولِ فَدَخَلَ لَا يُعْتَقُ وَلِأَنَّ الْوَارِثَ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْخِلَافَةِ عن الْمَيِّتِ وَيَقُومُ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو وَالْوَصِيُّ يَتَصَرَّفُ بِالْأَمْرِ فَلَا يَتَعَدَّى تَصَرُّفُهُ مَوْضِعَ الْأَمْرِ

كَالْوَكِيلِ وَالْوَكِيلُ بِالْإِعْتَاقِ لَا يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْوَصِيُّ أو الْوَارِثُ عن كَفَّارَةٍ لَزِمَتْهُ لَا يَسْقُطُ عنه لِأَنَّهُ يَقَعُ عن الْمَيِّتِ وَالْوَلَاءُ عن الْمَيِّتِ لَا عن الْوَارِثِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ منه من حَيْثُ الْمَعْنَى

وَلَوْ قال أنت حُرٌّ على أَلْفِ دِرْهَمٍ بَعْدَ مَوْتِي فَالْقَبُولُ في هذا في الْحَيَاةِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ في الحالين (((الحالتين))) شَرْطًا لِثُبُوتِ الْعِتْقِ بَعْدَ الْمَوْتِ فإذا قَبِلَ صَارَ مُدَبَّرًا وَلَا يَجِبُ الْمَالُ لِمَا قُلْنَا فإذا مَاتَ عَتَقَ وَلَا شَيْءَ عليه وَهَذَا حُجَّةُ أبي يُوسُفَ في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَلَوْ قال كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فما في مِلْكِهِ صَارَ مُدَبَّرًا وما يَسْتَفِيدُهُ يُعْتَقُ من الثُّلُثِ بِغَيْرِ تَدْبِيرٍ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ لَا يَدْخُلُ في هذا الْكَلَامِ ما يَسْتَفِيدُهُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْمَمْلُوكَ لِلْحَالِ مُرَادٌ من هذا الْإِيجَابِ فَلَا يَكُونُ ما يَسْتَفِيدُهُ

مُرَادًا لِأَنَّ الْحَالَ مع الِاسْتِقْبَالِ مَعْنَيَانِ مُخْتَلِفَانِ وَاللَّفْظُ الْوَاحِدُ لَا يَشْتَمِلُ على مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَلِهَذَا لم يَدْخُلْ الْمُسْتَفَادُ في هذا في الْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ كَذَا في التَّدْبِيرِ
وَلَهُمَا أَنَّ التَّدْبِيرَ في مَعْنَى الْيَمِينِ وَمَعْنَى الْوَصِيَّةِ
أَمَّا مَعْنَى الْيَمِينِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ فَالْيَمِينُ إنْ كان لَا يَصْلُحُ إلَّا في الْمِلْكِ الْقَائِمِ أو مُضَافًا إلَى الْمِلْكِ أو سَبَبِهِ فَالْوَصِيَّةُ تَتَعَلَّقُ بِمَا في مِلْكِ الْمُوصِي وَبِمَا يُسْتَحْدَثُ الْمِلْكُ فيه فَإِن من أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ يَدْخُلُ فيه الْمَمْلُوكُ لِلْحَالِ وما يَسْتَفِيدُهُ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ
وَقَوْلُهُ اللَّفْظُ الْوَاحِدُ لَا يَشْتَمِلُ على مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ
قُلْنَا قد يَشْتَمِلُ كَالْكِتَابَةِ وَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ فَإِنَّهُمَا يَشْتَمِلَانِ على مَعْنَى الْيَمِينِ وَالْمُعَاوَضَةِ كَذَا هذا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَعُمُّ نَوْعَيْ التَّدْبِيرِ أَعْنِي الْمُطْلَقَ وَالْمُقَيَّدَ وَبَعْضُهَا يَخُصُّ أَحَدَهُمَا وهو الْمُطْلَقُ أَمَّا الذي يَعُمُّ النَّوْعَيْنِ فما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ فَلَا يَصِحُّ التَّدْبِيرُ إلَّا بَعْدَ صُدُورِ رُكْنِهِ مُطْلَقًا عن الِاسْتِثْنَاءِ

من أَهْلِهِ مُضَافًا إلَى مَحِلِّهِ وَلَا يَصِحُّ إلَّا في الْمِلْكِ سَوَاءً كان مُنَجَّزًا أو مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ أو مُضَافًا إلَى وَقْتٍ أو مُضَافًا إلَى الْمِلْكِ أو سَبَبِ الْمِلْكِ نحو أَنْ يَقُولَ لِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُهُ إنْ مَلَكْتُك فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أو إنْ اشتريتك (((اشتريتك))) فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ لأن الْتَزَمَ إثْبَاتَ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَإِثْبَاتَ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ في الْحَالِ وَلَا يَثْبُتُ ذلك إلَّا بَعْدَ وُجُودِ الْمِلْكِ في الْحَالِ لِأَنَّهُ إذَا كان مَوْجُودًا لِلْحَالِ فَالظَّاهِرُ دَوَامُهُ إلَى وَقْتِ وُجُودِ الشَّرْطِ وَالْوَقْتِ وإذا لم يَكُنْ مَوْجُودًا فَالظَّاهِرُ عَدَمُهُ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَالْوَقْتِ وَلَا عِنْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَحْصُلُ ما هو الْغَرَضُ من التَّدْبِيرِ أَيْضًا على ما يُذْكَرُ في بَيَانِ حُكْمِ التَّدْبِيرِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ التَّعْلِيقُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى حتى لو عَلَّقَ بِمَوْتِ غَيْرِهِ بِأَنْ قال إنْ مَاتَ فُلَانٌ فَأَنْتَ حُرٌّ لَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا أَصْلًا وَأَمَّا الذي يَخُصُّ أَحَدَهُمَا فَضَرْبَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ التَّعْلِيقُ بِمُطْلَقِ مَوْتِ الْمَوْلَى فَإِنْ كان بِمَوْتٍ مَوْصُوفٍ بِصِفَةٍ لَا يَكُونُ تَدْبِيرًا مُطْلَقًا بَلْ يَكُونُ مُقَيَّدًا
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ التَّعْلِيقُ بِمَوْتِهِ وَحْدَهُ حتى لو عَلَّقَ بِمَوْتِهِ وَشَرْطٍ آخَرَ لَا يَكُونُ ذلك تَدْبِيرًا مُطْلَقًا وقد ذَكَرْنَا الْمَسَائِلَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِهَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ
فصل وَأَمَّا صِفَةُ التَّدْبِيرِ فَالتَّدْبِيرُ متجزىء في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَتَجَزَّأُ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الْحَالِ إثْبَاتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ فَيُعْتَبَرُ بِإِثْبَاتِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ وَإِثْبَاتُ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ
وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذَا إثْبَاتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِ وهو إثْبَاتُ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ إعْتَاقًا فَكَانَ الْخِلَافُ فيه لَازِمًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ عَبْدٌ بين اثْنَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا أن على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ صَارَ نَصِيبُهُ خَاصَّةً مُدَبَّرًا وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ على مِلْكِهِ لِكَوْنِ التَّدْبِيرِ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ على نَصِيبِهِ ثُمَّ إنْ كان الْمُدَبِّرُ مُوسِرًا فَلِلشَّرِيكِ سِتُّ خِيَارَاتٍ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ

وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ على حَالِهِ أَمَّا خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَالِاسْتِسْعَاءِ فَلِأَنَّ نَصِيبَهُ بَقِيَ على مِلْكِهِ في حَقِّ التَّخْرِيجِ إلَى الْعَتَاقِ
وَأَمَّا خِيَارُ التَّضْمِينِ فَلِأَنَّهُ بِالتَّدْبِيرِ أَخْرَجَهُ من أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ مُطْلَقًا بِالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالرَّهْنِ وَنَحْوِ ذلك فَقَدْ أَتْلَفَهُ عليه في حَقِّ هذه التَّصَرُّفَاتِ فَكَانَ له وِلَايَةُ التَّضْمِينِ
وَأَمَّا خِيَارُ التَّرْكِ على حَالِهِ فَلِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ لم تَثْبُتْ في جُزْءٍ منه فَجَازَ إبْقَاؤُهُ على الرِّقِّ وأنه مُفِيدٌ لِأَنَّ له أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَنْفَعَةَ الْكَسْبِ وَالْخِدْمَةِ فَلَا يُكَلَّفُ بِالتَّخْرِيجِ إلَى الْحُرِّيَّةِ ما لم يَمُتْ الْمُدَبِّرُ فَإِنْ اخْتَارَ الْإِعْتَاقَ فَأَعْتَقَ فَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَرْجِعَ على الْمُعْتِقِ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه نَصِيبَهُ وهو مُدَبَّرٌ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ مُدَبَّرًا وَالْوَلَاءُ بَيْنهمَا لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ مِنْهُمَا لِأَنَّ نَصِيبَ الْمُدَبِّرِ لَا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَالَ إلَى الْمُعْتَقِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ يَمْنَعُ من ذلك وَلِلْمُعْتِقِ أَنْ يَرْجِعَ على الْعَبْدِ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْإِعْتَاقِ حَصَلَتْ له وَإِنْ شَاءَ الْمُدَبِّرُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى وَلَيْسَ له التَّرْكُ على حَالِهِ لِأَنَّهُ مُعْتِقُ الْبَعْضِ فَيَجِبُ تَخْرِيجُهُ إلَى الْعَتَاقِ
هذا إذَا كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا فَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلِلْمُدَبِّرِ ثلاث خِيَارَاتٍ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ التَّدْبِيرَ فَدَبَّرَ نَصِيبَهُ حتى صَارَ الْعَبْدُ مُدَبَّرًا بَيْنهمَا وَسَاوَى شَرِيكَهُ في التَّصَرُّفِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ بِالتَّدْبِيرِ وَيَكُونُ من الثُّلُثِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَيَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ لِلْبَاقِي إنْ شَاءَ لِأَنَّهُ صَارَ مُعْتِقَ الْبَعْضِ وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَلَيْسَ له التَّرْكُ على حَالِهِ لِمَا قُلْنَا
فَإِنْ مَاتَ الشَّرِيكُ الْآخَرُ قبل أَخْذِ السِّعَايَةِ عَتَقَ نَصِيبُهُ من الثُّلُثِ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا وَبَطَلَتْ السِّعَايَةُ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِمَوْتِ الْمَوْلَى وَالْمُدَبَّرُ إذَا أُعْتِقَ بِمَوْتِ مَوْلَاهُ وَقِيمَتُهُ تَخْرُجُ من الثُّلُثِ لَا يَجِبُ عليه السِّعَايَةُ وَقِيلَ إنَّ هذا على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَأَمَّا على قِيَاسِ قَوْلِهِمَا فَلَا يَبْطُلُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ عِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ فَوَجَبَتْ السِّعَايَةُ عليه وهو حُرٌّ فَكَانَ ذلك بِمَنْزِلَةِ دُيُونٍ وَجَبَتْ على الْحُرِّ فَلَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ
وَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَلَا يَعْتِقُ نَصِيبُ الشَّرِيكِ ما لم يُؤَدِّ السِّعَايَةَ إذَا اخْتَارَ السِّعَايَةَ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ متجزىء عِنْدَهُ فإذا مَاتَ الشَّرِيكُ فَهَذَا مُدَبَّرٌ مَاتَ مَوْلَاهُ وَقِيمَتُهُ تَخْرُجُ من الثُّلُثِ فَيُعْتَقُ من غَيْرِ سِعَايَةٍ وَإِنْ اخْتَارَ الْكِتَابَةَ وَكَاتَبَهُ صَحَّتْ الْكِتَابَةُ لِأَنَّ نَصِيبَهُ على مِلْكِهِ فَإِنْ أَدَّى فَعَتَقَ مَضَى الْأَمْرُ وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْأَدَاءِ وهو يَخْرُجُ من الثُّلُثِ عَتَقَ وَبَطَلَتْ عنه السِّعَايَةُ وَإِنْ كان لَا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ بِأَنْ لم يَكُنْ له مَالٌ غَيْرُهُ فَفِيهِ خِلَافٌ بين أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ يُذْكَرُ فِيمَا بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ

تَعَالَى
وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُدَبِّرِ فَضَمِنَهُ فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْمُدَبِّرِ للانتقال (((لانتقال))) نَصِيبِ شَرِيكِهِ إلَيْهِ بِالضَّمَانِ وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُدَبِّرِ لِأَنَّ كُلَّهُ عَتَقَ على مِلْكِهِ وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَ على الْعَبْدِ فَيَسْتَسْعِيهِ لِأَنَّ الشَّرِيكَ كان له أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ فلما ضَمِنَ الْمُدَبِّرُ قام مَقَامَهُ فِيمَا كان له فَإِنْ

مَاتَ الْمُدَبِّرُ عَتَقَ نِصْفُهُ مِن ثُلُثِ الْمَالِ لِأَنَّ نِصْفَهُ قد صَارَ مُدَبَّرًا فَيُعْتَقُ بِمَوْتِهِ لَكِنْ من ثُلُثِ الْمَالِ لِمَا قُلْنَا وَيَسْعَى في النِّصْفِ الْآخَرِ كَامِلًا لِلْوَرَثَةِ لِأَنَّ ذلك النِّصْفَ كان قِنًّا وَإِنْ شاؤوا اعتقوا ذلك النِّصْفَ وَإِنْ شاؤوا دَبَّرُوا وَإِنْ شاؤوا كَاتَبُوا وَإِنْ شاؤوا تَرَكُوهُ على حَالِهِ
وَإِنْ اخْتَارَ الِاسْتِسْعَاءَ سَعَى الْعَبْدُ في نِصْفِ قِيمَتِهِ فإذا أَدَّى يُعْتَقُ ذلك النِّصْفُ وَلَا يَضْمَنُ الشَّرِيكُ لِلْمُدَبِّرِ شيئا لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِسَبَبٍ لَا صُنْعَ له فيه فلم يُوجَدْ منه سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَرْجِعَ على الْعَبْدِ فَيَسْتَسْعِيهِ لِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ كَمُعْتَقِ الْبَعْضِ فإذا أَدَّى يَعْتِقُ كُلُّهُ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ نَصِيبَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَتَقَ على مِلْكِهِ فَإِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ قبل أَنْ يَأْخُذَ السِّعَايَةَ بَطَلَتْ السِّعَايَةُ وَعَتَقَ ذلك النِّصْفُ من ثُلُثِ مَالِهِ لِمَا بَيَّنَّا
وَإِنْ اخْتَارَ تَرْكَ نَصِيبِهِ على حَالِه فَمَاتَ يَكُون نَصِيبُهُ مَوْرُوثًا عنه فَيَنْتَقِلُ الْخِيَارُ إلَى الْوَرَثَةِ في الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَالِاسْتِسْعَاءِ وَالتَّرْكِ على حَالِهِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ انْتَقَلَ إلَيْهِمْ وقد كان له هذه الْخِيَارَاتُ
وَإِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ عَتَقَ ذلك النِّصْفُ من الثُّلُثِ وَلِغَيْرِ الْمُدَبِّرِ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الْعَبْدَ في نِصْفِ قِيمَتِهِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَلَيْسَ له خِيَارُ التَّرْكِ لِأَنَّهُ صَارَ مُعْتَقَ لِلبعض (((البعض))) فَيَجِبُ تَخْرِيجُهُ إلَى الْعِتْقِ لَا مَحَالَةَ وَالْوَلَاءُ بَيْنهمَا لِأَنَّ نَصِيبَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَتَقَ على مِلْكِهِ هذا إذَا كان الْمُدَبِّرُ موسر (((موسرا))) فَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلِلشَّرِيكِ الْخِيَارَاتُ التي ذَكَرْنَا إلَّا اخْتِيَارَ التَّضْمِينِ
وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا إذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ فَقَدْ صَارَ كُلُّهُ مدبر (((مدبرا))) لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا وَيَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا فَقَدْ فَرَّقَا بين التَّدْبِيرِ وَبَيْنَ الْإِعْتَاقِ إنَّ في الْإِعْتَاقِ لَا يَضْمَنُ إذَا كان مُعْسِرًا وَإِنَّمَا يَسْعَى الْعَبْدُ لِأَنَّ هذا ضَمَانُ إتْلَافٍ أو ضَمَانُ تَمَلُّكٍ أو ضَمَانُ حَبْسِ الْمَالِ وَإِنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ في أُصُولِ الشَّرْعِ إلَّا أَنَّ السِّعَايَةَ في بَابِ الْإِعْتَاقِ ثَبَتَتْ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ وَلِأَنَّ بِالْإِعْتَاقِ قد زَالَ الْعَبْدُ عن مِلْكِ الْمُعْتِقِ وَصَارَ حُرًّا يسعى (((فيسعى))) وهو حُرٌّ وَهَهُنَا الْمِلْكُ قَائِمٌ بَعْدَ التَّدْبِيرِ وَكَسْبُ الْمُدَبَّرِ على مِلْكِ مَوْلَاهُ فَلَا يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِالِاسْتِسْعَاءِ
هذا إذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا أو دَبَّرَاهُ على التَّعَاقُبِ فَإِنْ دَبَّرَاهُ مَعًا يَنْظُرْ إنْ قال كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قد دَبَّرْتُك أو أنت مُدَبَّرٌ أو نَصِيبِي مِنْك مُدَبَّرٌ أو قال إذَا مِتّ فَأَنْتَ حُرٌّ أو أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَخَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا صَارَ مُدَبَّرًا لَهُمَا بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ تَدْبِيرَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَادَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَارَ الْعَبْدُ مُدَبَّرًا بَيْنَهُمَا فإذا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَ نَصِيبُهُ من الثُّلُثِ وَالْآخَرُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى وَلَيْسَ له أَنْ يَتْرُكَهُ على حَالِهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُعْتَقَ الْبَعْضِ فإذا مَاتَ الْبَاقِي مِنْهُمَا قبل أَخْذِ السِّعَايَةِ بَطَلَتْ السِّعَايَةُ وَعَتَقَ إنْ كان يَخْرُجُ من الثُّلُثِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَإِنْ قَالَا جميعا إذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ أو أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِنَا
وَخَرَجَ كَلَامُهُمَا مَعًا لَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا لِأَنَّ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَّقَ عِتْقَهُ بِمَوْتِهِ وَمَوْتِ صَاحِبِهِ فَصَارَ كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قال إنْ مِتّ أنا وَفُلَانٌ فَأَنْتَ حُرٌّ أو أنت حُرٌّ إنْ مِتّ أنا وَفُلَانٌ إلَّا إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا فَيَصِيرُ نَصِيبُ الْبَاقِي مِنْهُمَا مُدَبَّرًا لِصَيْرُورَةِ عِتْقِهِ مُعَلَّقًا بِمَوْتِ الْمَوْلَى مُطْلَقًا وَصَارَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَلَهُمْ الْخِيَارَاتُ إنْ شاؤوا اعتقوا وَإِنْ شاؤوا دَبَّرُوا وَإِنْ شاؤوا كَاتَبُوا وَإِنْ شاؤوا اسْتَسْعَوْا وَإِنْ شاؤوا ضَمِنُوا الشَّرِيكَ إنْ كان مُوسِرًا وإذا مَاتَ الْآخَرُ عَتَقَ نَصِيبُهُ من الثُّلُثِ
هذا إذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا أو كِلَاهُمَا فَإِنْ دَبَّرَ أَحَدُهُمَا أو أَعْتَقَهُ الْآخَرُ فَهَذَا في

الْأَصْلِ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ على التَّعَاقُبِ وَإِمَّا أن خَرَجَا مَعًا فَإِنْ خَرَجَا على التَّعَاقُبِ فَإِمَّا أن عُلِمَ السَّابِقُ مِنْهُمَا وَإِمَّا أن لم يُعْلَمْ فَإِنْ عُلِمَ فَإِنْ كان الْإِعْتَاقُ سَابِقًا بِأَنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ فَأَمَّا على قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَكَمَا أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ عِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَتَدْبِيرُ الشَّرِيكِ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ صَادَفَ الْحُرَّ وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ كُلَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ إنْ كان مُوسِرًا وَعَلَى الْعَبْدِ السِّعَايَةُ إنْ كان مُعْسِرًا لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ فَصَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَسَكَتَ الْآخَرُ وقد ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فلم يُعْتِقْ إلَّا نَصِيبَهُ لتجزى (((لتجزؤ))) الْإِعْتَاقِ عِنْدَهُ فلما دَبَّرَهُ الْآخَرُ فَقَدْ صَحَّ تَدْبِيرُهُ لِأَنَّهُ دَبَّرَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَحَّ وَصَارَ مِيرَاثًا لِلْمُعْتِقِ عن

(4/117)

الضَّمَانِ لِأَنَّهُ قد ثَبَتَ له بِإِعْتَاقِ الشَّرِيكِ خِيَارَاتٌ
منها التَّضْمِينُ وَمِنْهَا التَّدْبِيرُ فإذا دَبَّرَهُ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فبرىء (((فبرئ))) الْمُعْتِقُ عن الضَّمَانِ وَلِأَنَّهُ إنَّمَا يَثْبُتُ له وِلَايَةُ التَّضْمِينِ بِشَرْطِ نَقْلِ نَصِيبِهِ إلَى الْمُعْتَقِ بِالضَّمَانِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن احْتِمَالِ النَّقْلِ بِالتَّدْبِيرِ فَسَقَطَ الضَّمَانُ وَالْمُدَبِّرُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ الذي صَارَ مُدَبَّرًا وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ وَلَيْسَ له أَنْ يَتْرُكَهُ على حَالِهِ لِأَنَّهُ قد عَتَقَ بَعْضُهُ فَوَجَبَ تَخْرِيجُهُ إلَى الْعِتْقِ بِالطُّرُقِ التي بَيَّنَّا وإذا مَاتَ الْمُدَبِّرُ عَتَقَ نَصِيبُهُ الذي صَارَ مُدَبَّرًا من الثُّلُثِ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ كُلَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِمَا النِّصْفُ بِالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ وَالنِّصْفُ بِالتَّدْبِيرِ فَعَتَقَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على مِلْكِهِ وَإِنْ كان التَّدْبِيرُ سَابِقًا بِأَنْ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ثُمَّ أَعْتَقَ الْآخَرُ فَعَلَى قَوْلِهِمَا كما دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا له لِأَنَّ التَّدْبِيرَ عِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ كَالْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ وَيَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ قِنًّا سَوَاءً كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا لِمَا بَيَّنَّا
وَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فلم يَصِرْ كُلُّهُ مُدَبَّرًا بَلْ نَصِيبُهُ خَاصَّةً لتجزىء (((لتجزؤ))) التَّدْبِيرِ عِنْدَهُ فَصَحَّ إعْتَاقُ الشَّرِيكِ فَعَتَقَ نِصْفُهُ وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَرْجِعَ على الْمُعْتِقِ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْعَبْدِ مُدَبَّرًا إنْ كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ الذي هو مُدَبَّرٌ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ وَلَيْسَ له أَنْ يَتْرُكَهُ على حَالِهِ لِأَنَّهُ مُعْتَقُ الْبَعْضِ وَإِنْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا لَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ بِضَمَانٍ لِأَنَّ الضَّمَانَ إنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ فإذا خَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ نَفْسِهِ لَا مُتْلِفًا مِلْكَ غَيْرِهِ فَلَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ
وَمِنْهُمْ من قال هذا على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ وَالتَّدْبِيرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَصَحَّ التَّدْبِيرُ في النِّصْفِ وَالْإِعْتَاقُ في النِّصْفِ فَأَمَّا على قِيَاسِ قَوْلِهِمَا يَنْفُذُ الْإِعْتَاقُ وَيَبْطُلُ التَّدْبِيرُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ وَالتَّدْبِيرَ لَا يَتَجَزَّآنِ وَالْإِعْتَاقُ أَقْوَى فَيَدْفَعُ الْأَدْنَى وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا سَابِقًا لَكِنْ لَا نَعْلَمُ السَّابِقَ مِنْهُمَا من اللَّاحِقِ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الْمُعْتِقَ يَضْمَنُ رُبْعَ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِلْمُدَبِّرِ ويستسعى الْعَبْدَ له في الرُّبْعِ الْآخَرِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ ولم يذكر الْخِلَافَ وَمِنْهُمْ من قال هذا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ

فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْجَوَابُ فيه وَفِيمَا إذَا خَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا سَوَاءٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن كُلَّ أَمْرَيْنِ حَادِثَيْنِ لَا يُعْلَمُ تَارِيخُهُمَا يُحْكَمُ بِوُقُوعِهِمَا مَعًا في أُصُولِ الشَّرْعِ كَالْغَرْقَى وَالْحَرْقَى وَالْهَدْمَى
وَلِهَذَا قال بَعْضُ أَهْلِ الْأُصُولِ في النَّصِّ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ إذَا تَعَارَضَا وَجُهِلَ التَّارِيخُ أَنَّهُ يُجْعَلُ كَأَنَّهُمَا وَرَدَا مَعًا وَيُبْنَى الْعَامُّ على الْخَاصِّ على طَرِيقِ الْبَيَانِ وَيَكُونُ الْمُرَادُ من النَّصِّ الْعَامِّ ما وَرَاءَ الْقَدْرِ الْمَخْصُوص
وَجْهُ قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ وَقَعَ الشَّكُّ في وُجُوبِ الضَّمَانِ على الْمُعْتِقِ لِوُقُوعِ الشَّكِّ في سَبَبِ وُجُوبِهِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إنْ كان لَاحِقًا كان الْمُدَبَّرُ بِالتَّدْبِيرِ جَبْرِيًّا لِلْمُعْتِقِ من الضَّمَانِ لِمَا مَرَّ وَإِنْ كان سَابِقًا يَجِبْ الضَّمَانُ على الْمُعْتِقِ فَوَقَعَ الشَّكُّ في الْوُجُوبِ وَالْوُجُوبُ لم يَكُنْ ثَابِتًا فَلَا يَثْبُتُ مع الشَّكِّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ له اعْتِبَارُ الْأَحْوَالِ وهو أَنَّ الْإِعْتَاقَ إذَا كان مُتَقَدِّمًا على التَّدْبِيرِ فَقَدْ أَبْرَأَ الْمُدَبِّرُ الْمُعْتِقَ عن الضَّمَانِ وَإِنْ كان مُتَأَخِّرًا فَالْمُعْتِقُ ضَامِنٌ وقد سَقَطَ ضَمَانُ التَّدْبِيرِ بِالْإِعْتَاقِ بَعْدَهُ فَإِذًا لَا ضَمَانَ على الْمُدَبِّرِ في الحالين (((الحالتين))) جميعا وَالْمُعْتِقُ يَضْمَنُ في حَالٍ وَلَا يَضْمَنُ في حَالٍ وَالْمَضْمُونُ هو النِّصْفُ فيتنصف (((فيتنصف))) فَيَعْتِقُ رُبْعَ الْقِيمَةِ وَيَسْعَى الْعَبْدُ لِلْمُدَبِّرِ في الرُّبْعِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ فيه وَوَجَبَ تَخْرِيجُهُ إلَى الْعَتَاقِ أُخْرِجَ بِالسِّعَايَةِ كما لو كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
مُدَبَّرَةٌ بين رَجُلَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ ولم يَدَّعِ أَحَدُهُمَا فَهُوَ مُدَبَّرٌ بَيْنَهُمَا كَأُمِّهِ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ لِمَا نذكر (((نذر))) في بَيَانِ حُكْمِ التَّدْبِيرِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِنْ ادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ نَسَبُهُ منه وهو قَوْلُ زُفَرَ وَإِلَيْهِ مَالَ الطَّحَاوِيُّ من أَصْحَابِنَا وفي الِاسْتِحْسَانِ يَثْبُتُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُمَا لَمَّا دَبَّرَاهُ فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّ الْوَلَاءِ لَهُمَا جميعا لِأَنَّهُ وَلَدُ مُدَبَّرَتِهِمَا جميعا وفي إثْبَاتِ النَّسَبِ من المدعى إبْطَالُ هذا الْحَقِّ عليه وَالْوَلَاءُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ النَّسَبَ قد ثَبَتَ في نَصِيبِ المدعى لِوُجُودِ سَبَبِ الثُّبُوتِ وهو الْوَطْءُ في الْمِلْكِ وإذا ثَبَتَ في نَصِيبِهِ يَثْبُتُ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَتَجَزَّأُ
وَأَمَّا قَوْلُهُ حَقُّ الْوَلَاءِ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَنَقُولُ نَحْنُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْوَلَاءِ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا فَيَثْبُتُ النَّسَبُ من الشَّرِيكِ الْمُدَّعِي وَيَبْقَى نِصْفُ الْوَلَاءِ لِلشَّرِيكِ الْآخَرِ وَصَارَ نِصْفُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له وَنِصْفُهَا مُدَبَّرَةً على حَالِهَا لِلشَّرِيكِ فَإِنْ قِيلَ الِاسْتِيلَادُ لَا يَتَجَزَّأُ وَهَذَا قَوْلٌ بِالتَّجْزِئَةِ فَالْجَوَابُ ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ أَنَّهُ متجزىء في نَفَسِهِ

عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كَالْإِعْتَاقِ إلَّا أَنَّهُ يَتَكَامَلُ في بَعْضِ الْمَوَاضِعِ لِوُجُودِ سَبَبِ التَّكَامُلِ على أَنَّا نَقُولُ الِاسْتِيلَادُ لَا يَتَجَزَّأُ فِيمَا يَحْتَمِلُ نَقْلَ الْمِلْكِ فيه فَأَمَّا ما لَا يَحْتَمِلُ فَهُوَ متجز وَهَهُنَا لَا يَحْتَمِلُ لِمَا نَذْكُرُ وَيَغْرَمُ الْمُدَّعِي نِصْفَ الْعُقْرِ لِشَرِيكِهِ وَنِصْفَ قِيمَةِ الْوَلَدِ مُدَبَّرًا وَلَا يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ الْأُمِّ أَمَّا وُجُوبُ نِصْفِ الْعُقْرِ فَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ في مِلْكِ الْغَيْرِ لِإِقْرَارِهِ بِوَطْءِ مُدَبَّرَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُمَا وَأَنَّهُ حَرَامٌ إلَّا أَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ لِلشُّبْهَةِ لِأَنَّ نِصْفَ الْجَارِيَةِ مِلْكُهُ فَيَجِبُ الْعُقْرُ

وَيَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ الْوَلَدِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ بالدعوى (((بالدعوة))) أَتْلَفَ على شَرِيكِهِ مِلْكَهُ الثَّابِتَ ظَاهِرًا لِأَنَّهُ جعل (((حصل))) في مَحَلٍّ هو مِلْكُهُمَا فإذا ادَّعَاهُ فَقَدْ أَتْلَفَ على شَرِيكِهِ مِلْكَهُ الثَّابِتَ من حَيْثُ الظَّاهِرُ بِإِخْرَاجِهِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفِعًا بِهِ مَنْفَعَةَ الْكَسْبِ وَالْخِدْمَةِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ أَتْلَفَ على شَرِيكِهِ نِصْفَ الْمُدَبَّرِ وَلَا يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ لِأَنَّ نَصِيبَ الشَّرِيكِ قد بَقِيَ على مِلْكِهِ ولم تَصِرْ الْجَارِيَةُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ اسْتِيلَادَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ يَعْتَمِدُ تَمَلُّكَ نَصِيبِهِ وَنَصِيبُهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ لِكَوْنِهِ مُدَبَّرًا بِخِلَافِ الْأَمَةِ الْقِنَّةِ بين رَجُلَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَغْرَمُ نِصْفَ عُقْرِ الْجَارِيَةِ لِشَرِيكِهِ وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ له وَلَا يَغْرَمُ من قِيمَةِ الْوَلَدِ شيئا لِأَنَّ هُنَاكَ نَصِيبَ الشَّرِيكِ مُحْتَمَلُ النَّقْلِ فَأَمْكَنَ الْقَوْلُ بِتَمَلُّكِ نَصِيبِهِ بِبَدَلِ ضَرُورَةِ صِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ وَالتَّمَلُّكُ يَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْوَلَدَ حَدَثَ على مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وَهَهُنَا نَصِيبُ الشَّرِيكِ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ فَيَقْتَصِرُ الِاسْتِيلَادُ على نَصِيبِ المدعى وَيَنْفَرِدُ الْوَلَدُ بِالضَّمَانِ لِانْفِرَادِهِ بِسَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ

فَإِنْ مَاتَ المدعى أَوَّلًا عَتَقَ نَصِيبُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ نَصِيبَهُ أُمُّ وَلَدٍ له فَلَا تَسْعَى في نَصِيبِهِ وَلَا يَضْمَنُ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ شيئا لِحُصُولِ الْعِتْقِ من غَيْرِ صُنْعِهِ وهو الْمَوْتُ وَيَسْعَى في نَصِيبِ الْآخَرِ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ نَصِيبَهُ مُدَبَّرٌ فَإِنْ مَاتَ الْآخَرُ قبل أَنْ يَأْخُذَ السِّعَايَةَ عَتَقَ كُلُّهَا إنْ خَرَجَتْ من ثُلُثِ مَالِهِ وَبَطَلَتْ السِّعَايَةُ عنها في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ

وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا لَا تَبْطُلُ بِنَاءً على أَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْبِنَاءِ فِيمَا تَقَدَّمَ

وَإِنْ مَاتَ الذي لم يَدَّعِ أَوَّلًا عَتَقَ نَصِيبُهُ من الثُّلُثِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مُدَبَّرٌ له وَلَا يَسْعَى في نَصِيبِ الْآخَرِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ نَصِيبَهُ أُمُّ وَلَدٍ له وَرِقُّ أُمِّ الْوَلَدِ ليس بِمُتَقَوِّمٍ عِنْدَهُ وفي قَوْلِهِمَا يَسْعَى لِأَنَّ رِقَّهُ مُتَقَوِّمٌ فَإِنْ لم يَمُتْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا حتى وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ فَادَّعَاهُ فَهُوَ ضَامِنٌ لِنِصْفِ الْعُقْرِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِوَطْءِ مُدَبَّرَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُمَا وَأَيُّهُمَا مَاتَ يَعْتِقْ كُلُّ الْجَارِيَةِ لِأَنَّ نَصِيبَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ وَلَدٍ وَأُمُّ الْوَلَدِ إذَا أُعْتِقَ بَعْضُهَا عَتَقَ كُلُّهَا وَلَا سِعَايَةَ عليها وَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ وَادَّعَيَاهُ جميعا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا جميعا وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا جميعا وَيَبْطُلُ التَّدْبِيرُ إلَى خَلَفٍ هو خَيْرٌ وهو الِاسْتِيلَادُ لِأَنَّ عِتْقَ الِاسْتِيلَادِ يَنْفُذُ من جَمِيعِ الْمَالِ فَكَانَ خَيْرًا لها من التَّدْبِيرِ وَحُكْمُ الضَّمَانِ في الْقِنِّ ما هو الْحُكْمُ في الْجَارِيَةِ الْقِنَّةِ وَسَنَذْكُرُهُ في كِتَابِ الِاسْتِيلَادِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ دبر (((دبره))) عَبْدَهُ ثُمَّ كَاتَبَهُ جَازَتْ الْكِتَابَةُ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةَ قبل مَوْتِ الْمَوْلَى عَتَقَ لِوُجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ وهو أَدَاءُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ لم يُؤَدِّ حتى مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ أَيْضًا إنْ كان يَخْرُجُ كُلُّهُ من ثُلُثِ مَالِ الْمَوْلَى لِوُجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ بِسَبَبِ التَّدْبِيرِ وهو مَوْتُ الْمَوْلَى وَخُرُوجُ الْمُدَبَّرِ من ثُلُثِ مَالِهِ وَلَا سِعَايَةَ عليه لِأَنَّ عِتْقَ الْمُدَبَّرِ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ في الثُّلُثِ نَافِذَةٌ فإذا خَرَجَ كُلُّهُ من الثُّلُثِ عَتَقَ كُلُّهُ من غَيْرِ سِعَايَةٍ وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ سِوَاهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ اسْتَسْعَى في جَمِيعِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ فَإِنْ اخْتَارَ الْكِتَابَةَ سَعَى على النُّجُومِ وَإِنْ اخْتَارَ السِّعَايَةَ في ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ يَسْعَى حَالًا وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ يَسْعَى في الْأَقَلِّ من جَمِيعِ الْكِتَابَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وقال مُحَمَّدٌ يَسْعَى في الْأَقَلِّ من ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وَالْخِلَافُ في هذه الْمَسْأَلَةِ يَقَعُ في فَصْلَيْنِ أَحَدُهُمَا في الْخِيَارِ

وَالثَّانِي في الْمِقْدَارِ وَالْخِلَافُ في الْخِيَارِ بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ وفي الْمِقْدَارِ

بين أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبَيْنَ مُحَمَّدٍ أَمَّا فَصْلُ الْخِيَارِ فَالْخِلَافُ فيه مَبْنِيٌّ على أَنَّ الْعِتْقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ
وَوَجْهُ الْبِنَاءِ على هذا الْأَصْلِ أَنَّ الْعِتْقَ لَمَّا كان مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ لم يَعْتِقْ بِمَوْتِ الْمَوْلَى إلَّا ثُلُثُ الْعَبْدِ وَبَقِيَ الثُّلُثَانِ منه رَقِيقًا وقد تَوَجَّهَ إلَى الثُّلُثَيْنِ الْعِتْقُ من جِهَتَيْنِ أحدهما (((إحداهما))) الْكِتَابَةُ بِأَدَاءِ بَدَلٍ مُؤَجَّلٍ
وَالثَّانِيَةُ التَّدْبِيرُ بِسِعَايَةِ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ مُعَجَّلًا فَيُخَيَّرُ إنْ شَاءَ مَالَ إلَى هذا وَإِنْ شَاءَ مَالَ إلَى ذَاكَ وَلَمَّا لم يَكُنْ الْعِتْقُ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُمَا فإذا عَتَقَ

(4/119)

ثُلُثُهُ بِالْمَوْتِ فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ وَبَطَلَ التَّأْجِيلُ في بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَصَارَ الْمَالَانِ جميعا حَالًا وَعَلَيْهِ أَخْذُ الْمَالَيْنِ إمَّا الْكِتَابَةَ وَإِمَّا السِّعَايَةَ وَأَحَدُهُمَا أَقَلُّ وَالْآخَرُ أَكْثَرُ فَلَا فَائِدَةَ في التَّخْيِيرِ لِأَنَّهُ يَخْتَارُ الْأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ عليه إذَا كان أَحَدُ الْمَالَيْنِ وَأَحَدُهُمَا أَكْثَرُ من الْآخَرِ أو أَقَلَّ كان الْأَقَلُّ مُتَيَقَّنًا بِهِ فَيَلْزَمُهُ ذلك
وَأَمَّا فَصْلُ الْمِقْدَارِ فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَن بَدَلَ الْكِتَابَةِ كُلُّهُ قُوبِلَ بِكُلِّ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد انْعَقَدَ عليه حَيْثُ قال كَاتَبْتُك على كَذَا وقد عَتَقَ ثُلُثُ الرَّقَبَةِ فَيَسْقُطُ عنه ما كان بِمُقَابَلَتِهِ وهو ثُلُثُ الْبَدَلِ فَيَبْقَى الثُّلُثَانِ
وَلِأَنَّ ثُلُثَ مَالِ الْمَوْلَى لو كان مِثْلَ كل قِيمَةِ الْعَبْدِ لَسَقَطَ عنه كُلُّ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فإذا كان مِثْلَ ثُلُثِ قِيمَتِهِ يَجِبُ أَنْ يَسْقُطَ ثُلُثُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَيَبْقَى الثُّلُثَانِ فَيَسْعَى في الْأَقَلِّ من ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ لِمَا قُلْنَا
وَلَهُمَا أَنَّ الْعَبْدَ كان اسْتَحَقَّ ثُلُثَ رَقَبَتِهِ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ قبل عَقْدِ الْكِتَابَةِ فإنه يُسَلَّمُ له ذلك كَائِنًا ما كان فإذا كَاتَبَهُ بَعْدَ ذلك فَالْبَدَلُ لَا يُقَابِلُ الْقَدْرَ الْمُسْتَحَقَّ وهو الثُّلُثُ وَإِنَّمَا يُقَابِلُ الثُّلُثَيْنِ فإذا قال كَاتَبْتُك على كَذَا فَقَدْ جَعَلَ الْمَالَ بِمُقَابَلَةِ ما لَا يَصِحُّ الْمُقَابَلَةُ بِهِ وهو الثُّلُثُ وَبِمُقَابَلَةِ ما يَصِحُّ الْمُقَابَلَةُ بِهِ وهو الثُّلُثَانِ يصرف (((فيصرف))) كُلَّ الْبَدَلِ إلَى ما يَصِحُّ الْمُقَابَلَةُ بِهِ وهو الثُّلُثَانِ كَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا على أَلْفِ دِرْهَمٍ لَزِمَهَا كُلُّ الْأَلْفِ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَا إذَا جَمَعَ بين من يَحِلُّ نِكَاحُهَا وَبَيْنَ من لَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا فيزوجهما (((فتزوجها))) بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَجَبَتْ الْأَلْفُ كُلُّهَا بِمُقَابَلَةِ نِكَاحِ من يَحِلُّ له نِكَاحُهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وإذا كان الْأَمْرُ على ما وَصَفْنَا فَالثُّلُثُ وَإِنْ عَتَقَ عِنْدَ الْمَوْتِ لَكِنْ لَا بَدَلَ بِمُقَابَلَتِهِ وَإِنَّمَا الْبَدَلُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ الثُّلُثَيْنِ فلم يَسْقُطْ من الْبَدَلِ شَيْءٌ بِخِلَافِ ما إذَا خَرَجَ الْعَبْدُ كُلُّهُ من الثُّلُثِ لِأَنَّ هُنَاكَ يُسَلَّمُ له جَمِيعُ رَقَبَتِهِ فَلَزِمَ الْقَوْلُ بِالْبَرَاءَةِ هذا إذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ كَاتَبَهُ فَإِنْ كَاتَبَهُ ثُمَّ دَبَّرَهُ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى فَعَلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وَإِنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ وَعِنْدَهُمَا يَسْعَى في الْأَقَلِّ من ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ فَقَدْ اتَّفَقُوا على الْمِقْدَارِ هَهُنَا حَيْثُ قالوا مِقْدَارُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ثُلُثَانِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ هُنَاكَ كَاتَبَهُ وَالْعَبْدُ لم يَكُنْ اسْتَحَقَّ شيئا من رَقَبَتِهِ فَكَانَ جَمِيعُ الْبَدَلِ بِمُقَابَلَةِ جَمِيعِ الرَّقَبَةِ وقد عَتَقَ عِنْدَ الْمَوْتِ بِسَبَبِ التَّدْبِيرِ ثُلُثُهُ فَيَسْقُطُ ما كان بِإِزَائِهِ من الْبَدَلِ فَبَقِيَ الثُّلُثَانِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا في الْخِيَارِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يُخَيَّرُ بين الثُّلُثَيْنِ من بَدَلِ الْكِتَابَةِ مُؤَجَّلًا وَبَيْنَ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ مُعَجَّلًا وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عليه الْأَقَلُّ مِنْهُمَا بِنَاءً على تجزىء (((تجزؤ))) الْإِعْتَاقِ

وَعَدَمِ تَجَزُّئِهِ على ما بَيَّنَّا في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ التَّدْبِيرِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى حَيَاةِ الْمُدَبِّرِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى ما بَعْدَ مَوْتِهِ أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى حَالِ حَيَاةِ الْمُدَبِّرِ فَهُوَ ثُبُوتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ لِلْمُدَبَّرِ إذَا كان التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا حُكْمَ له في حَالِ حَيَاةِ الْمُدَبِّرِ رَأْسًا فَلَا يَثْبُتُ حَقِيقَةُ الْحُرِّيَّةِ وَلَا حَقُّهَا بَلْ حُكْمُهُ ثُبُوتُ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ مَقْصُورًا عليه
وَعَلَى هذا يُبْنَى بَيْعُ الْمُدَبَّرِ الْمُطْلَقِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ جَائِزٌ وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ الْمُقَيَّدِ بِالْإِجْمَاعِ
احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِمَا رُوِيَ عن عَطَاءٍ أَنَّهُ قال دَبَّرَ رَجُلٌ عَبْدَهُ فَاحْتَاجَ فَبَاعَهُ رسول اللَّهِ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَدْنَى دَرَجَاتِ فِعْلِ رسول اللَّهِ الْجَوَازُ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ وأنه لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ كَالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ من دُخُولِ الدَّارِ وَكَلَامِ زَيْدٍ وَغَيْرِ ذلك وَكَالتَّدْبِيرِ الْمُقَيَّدِ وَلِأَنَّ فيه مَعْنَى الْوَصِيَّةِ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ كما إذَا أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ بَاعَهُ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن نَافِعٍ عن ابْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وهو حُرٌّ من ثُلُثِ الْمَالِ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَعَنْ أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَجَابِرِ بن عبد اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ الْمُدَبَّرِ وَمُطْلَقُ النَّهْيِ يُحْمَلُ على التَّحْرِيمِ
وَرُوِيَ عن عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَزَيْدِ بن ثَابِتٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بن عَبَّاسٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلُ مَذْهَبِنَا وهو قَوْلُ جَمَاعَةٍ من التَّابِعِينَ مِثْلَ شُرَيْحٍ وَمَسْرُوقٍ وَسَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ وَالْقَاسِمِ بن مُحَمَّدٍ وَأَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بن عَلِيٍّ وَمُحَمَّدِ بن سِيرِينَ وَعُمَرَ بن عبد الْعَزِيزِ وَالشَّعْبِيِّ وَالْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَسَعِيدِ بن جُبَيْرٍ وَسَالِمِ بن عبد اللَّهِ وَطَاوُسٍ وَمُجَاهِدٍ وَقَتَادَةَ حتى قال أبو حَنِيفَةَ لَوْلَا قَوْلُ هَؤُلَاءِ الْأَجِلَّةِ لَقُلْت بِجَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ لِمَا دَلَّ عليه من النَّظَرِ
وَلَنَا لِإِثْبَاتِ حَقِّ

الْحُرِّيَّةِ ضَرُورَةُ الْإِجْمَاعِ وَدَلَالَةُ غَرَضِ الْمُدَبِّرِ أَمَّا ضَرُورَةُ الْإِجْمَاعِ فَهِيَ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِالْإِجْمَاعِ وَالْحُرِّيَّةُ لَا بُدَّ لها من سَبَبٍ وَلَا سَبَبَ هَهُنَا سِوَى الْكَلَامِ السَّابِقِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُجْعَلَ سَبَبًا لِلْحَالِ وَإِمَّا أَنْ يُجْعَلَ سَبَبًا بَعْدَ الشَّرْطِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ مُبَاشَرَةِ السَّبَبِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا عِنْدَ وُجُودِهِ فَكَانَ الْكَلَامُ السَّابِقُ سَبَبًا في الْحَالِ لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَسْنَا نَعْنِي بِثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ لِلْمُدَبَّرِ إلَّا هذا وَهَذَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ إبْطَالُ السَّبَبِيَّةِ إذْ لَا تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ عِنْدَ الْمَوْتِ بَعْدَ الْبَيْعِ
وَأَمَّا دَلَالَةُ الْغَرَضِ فَهُوَ أَنَّ غَرَضَ الْمُدَبِّرِ من التَّدْبِيرِ أَنْ تسلم (((يسلم))) الْحُرِّيَّةَ لِلْمُدَبَّرِ عِنْدَ الْمَوْتِ إمَّا تَقَرُّبًا إلَى اللَّهِ عز وجل بِالْإِعْتَاقِ لِإِعْتَاقِ رَقَبَتِهِ من النَّارِ كما نَطَقَ بِهِ الْحَدِيثُ وَإِمَّا حَقًّا لِخِدْمَتِهِ الْقَدِيمَةِ مع بَقَاءِ مَنَافِعِهِ على مِلْكِهِ في حَيَاتِهِ لِحَاجَتِهِ إلَيْهَا وَلَا طَرِيقَ لِتَحْصِيلِ الْغَرَضَيْنِ إلَّا بِجَعْلِ التَّدْبِيرِ سبعا (((سببا))) في الْحَالِ لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ إذْ لو ثَبَتَتْ الْحُرِّيَّةُ في الْحَالِ لَفَاتَ غَرَضُهُ في الِانْتِفَاعِ بِهِ وَلَوْ لم يَنْعَقِدْ شيئا (((شيء)))

رَأْسًا لَقَاتَ غَرَضُهُ في الْعِتْقِ لِجَوَازِ أَنْ يَبِيعَهُ لِشِدَّةِ غَضَبٍ أو غَيْرِ ذلك فَكَانَ انْعِقَادُهُ سَبَبًا في الْحَالِ وَتَأَخُّرُ الْحُرِّيَّةِ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ طَرِيقُ إحْرَازِ الْغَرَضَيْنِ فَثَبَتَ ذلك بِدَلَالَةِ الْحَالِ فَيَتَقَيَّدُ الْكَلَامُ بِهِ إذْ الْكَلَامُ يَتَقَيَّدُ بِدَلَالَةِ الْغَرَضِ

فَإِنْ قِيلَ هذا مُنَاقِضٌ لِأَصْلِكُمْ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالشَّرْطِ وَمِنْ أَصْلِكُمْ أَنَّ التَّعْلِيقَاتِ لَيْسَتْ أَسْبَابًا لِلْحَالِ وَإِنَّمَا تَصِيرُ أَسْبَابًا عِنْدَ وُجُودِ شُرُوطِهَا وَعَلَى هذا بَنَيْتُمْ تَعْلِيقَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالْمِلْكِ وَسَبَبِهِ وَهَهُنَا جَعَلْتُمْ التَّدْبِيرَ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ لِلْحَالِ وَهَذَا مُنَاقِضَةٌ في الْأَصْلِ وَالتَّنَاقُضُ في اوصل

(((الأصل))) دَلِيلُ فَسَادِ الْفَرْعِ

فَالْجَوَابُ أن هذا أَصْلُنَا فِيمَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ سَبَبًا عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَفِيمَا لم يُرِدْ الْمُتَكَلِّمُ جَعْلَهُ سَبَبًا في الْحَالِ وفي التَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ وَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ سَبَبًا عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَهَهُنَا لَا يُمْكِنُ لِمَا بَيَّنَّا وَكَذَا في التَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ أَرَادَ الْمُتَكَلِّمُ كَوْنَهُ سَبَبًا عِنْدَ الشَّرْطِ وَهَهُنَا أَرَادَ كَوْنَهُ سَبَبًا في الْحَالِ لِمَا قُلْنَا فَتَعَيَّنَ سَبَبًا لِلْحَالِ لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ في الثَّانِي

وَأَمَّا حَدِيثُ عَطَاءٍ فَيَحْتَمِلُ أَنَّ ذلك كان تَدْبِيرًا مُقَيَّدًا وَقَوْلُهُ بَاعَ حِكَايَةُ فِعْلٍ فَلَا عُمُومَ له وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ بَاعَ أَيْ آجر إذْ الْإِجَارَةُ تُسَمَّى بَيْعًا بِلُغَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَهَكَذَا رَوَى مُحَمَّدٌ بِإِسْنَادِهِ أَنَّ النبي بَاعَ خِدْمَةَ مُدَبَّرٍ ولم يَبِعْ رَقَبَتَهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان ذلك في ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حين كان بَيْعُ الْحُرِّ مَشْرُوعًا على ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ بَاعَ رَجُلًا بِدَيْنِهِ يُقَالُ له سُرَّقٌ ثُمَّ صَارَ مَنْسُوخًا بِنَسْخِ بَيْعِ الْحُرِّ لِثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ في الْمُدَبَّرِ إلْحَاقًا لِلْحَقِّ بِالْحَقِيقَةِ في بَابِ الْحُرُمَاتِ

وَأَمَّا الْمُدَبَّرُ الْمُقَيَّدُ فَهُنَاكَ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْكَلَامُ سَبَبًا لِلْحَالِ لِأَنَّ الْأَمْرَ مُتَرَدِّدٌ بين أَنْ يَمُوتَ من ذلك الْمَرَضِ وفي ذلك السَّفَرِ أو لَا يَمُوتَ فَكَانَ الشَّرْطُ مُحْتَمِلَ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ فلم يَكُنْ التَّعْلِيقُ سَبَبًا لِلْحَالِ كَالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ وَكَذَا لَمَّا عَلَّقَ الْعِتْقَ بِأَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ دَلَّ أَنَّهُ ليس غَرَضُهُ من هذا الْكَلَامِ التَّقَرُّبَ إلَى اللَّهِ عز وجل بِإِعْتَاقِ هذا الْعَبْدِ وَلَا قَضَاءَ حَقِّ الْخِدْمَةِ الْقَدِيمَةِ إذْ لو كان ذلك غَرَضُهُ لَعَلَّقَهُ بِشَرْطٍ كَائِنٍ لَا مَحَالَةَ

وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ في التَّدْبِيرِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فَنَعَمْ لَكِنْ هذه وَصِيَّةٌ لَازِمَةٌ لِثُبُوتِهَا في ضِمْنِ أَمْرٍ لَازِمٍ وهو الْيَمِينُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلِهَذَا لَا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالْإِعْتَاقِ

فَإِنْ قِيلَ هذا يُشْكِلُ بِالتَّدْبِيرِ الْمُقَيَّدِ فإنه يَتَضَمَّنُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ اللَّازِمَةِ وَمَعَ هذا يَجُوزُ بَيْعُهُ قِيلَ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ لِلْحَالِ مُتَرَدِّدٌ لِتَرَدُّدِ مَوْتِهِ على تِلْكَ الصِّفَةِ فَلَا يَصِيرُ الْعَبْدُ مُوصًى له قبل الْمَوْتِ بِتِلْكَ الصِّفَةِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ وإذا ثَبَتَ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ لِلْمُدَبَّرِ الْمُطْلَقِ في الْحَالِ فَكُلُّ تَصَرُّفٍ فيه يُبْطِلُ هذا الْحَقَّ لَا يَجُوزُ وما لَا يُبْطِلُهُ يَجُوزُ

وَعَلَى هذا تَخْرِيجُ الْمَسَائِلِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ وَالْوِصَايَةُ بِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ فَيَبْطُلُ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ وَلَا يَجُوز رَهْنُهُ لِأَنَّ الرَّهْنَ والإرتهان من بَابِ إيفَاءِ الدَّيْنِ وَاسْتِيفَائِهِ عِنْدَنَا فَكَانَ من بَابِ تَمْلِيكِ الْعَيْنِ وَتَمَلُّكِهَا وَيَجُوزُ إجَارَتُهُ لِأَنَّهَا لَا تُبْطِلُ هذا الْحَقَّ لِأَنَّهَا تَصَرُّفٌ في الْمَنْفَعَةِ بِالتَّمْلِيكِ لَا في الْعَيْنِ وَالْمَنَافِعُ على مِلْكِ الْمُدَبِّرِ

وقد رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ بَاعَ خِدْمَةَ الْمُدَبَّرِ ولم يَبِعْ رَقَبَتَهُ وَبَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدَبَّرِ بَيْعُ مَنْفَعَتِهِ وهو مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَيَجُوزُ الِاسْتِخْدَامُ وَكَذَا الْوَطْءُ وَالِاسْتِمْتَاعُ في الْأَمَةِ لِأَنَّهَا اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ وَيَجُوزُ تَزْوِيجُهَا لِأَنَّ التَّزْوِيجَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ

وَعَنْ عبد اللَّهِ بن عُمَرَ أَنَّهُ كان يَطَأُ مُدَبَّرَتَهُ وَلِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ آكَدُ من التَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْحُرْمَةَ من جَمِيعِ الْمَالِ وَالتَّدْبِيرُ من الثُّلُثِ

ثُمَّ الِاسْتِيلَادُ لَا يَمْنَعُ من الْإِجَارَةِ وَالِاسْتِخْدَامِ وَلَا يَمْنَعُ من الِاسْتِمْتَاعِ وَالْوَطْءِ وَالتَّزْوِيجِ في الْأَمَةِ فَالتَّدْبِيرُ أَوْلَى وَالْأُجْرَةُ وَالْمَهْرُ وَالْعُقْرُ وَالْكَسْبُ وَالْغَلَّةُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهَا بَدَلُ الْمَنَافِعِ وَالْمَنَافِعُ مِلْكُهُ وَالْأَرْشُ له لِأَنَّهُ بَدَلُ جُزْءٍ فَاتَ على مِلْكِهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِرَقَبَتِهِ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ لَا تَحْتَمِلُ الْبَيْعَ لِمَا بَيَّنَّا وَيَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ وَيَسْعَى في دُيُونِهِ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ وَجِنَايَتُهُ على الْمَوْلَى وهو الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ وَلَا يَضْمَنُ الْمَوْلَى أَكْثَرَ من قِيمَةٍ واحدة وَاحِدَةٍ وَإِنْ كَثُرَتْ الْجِنَايَاتُ لِمَا نَذْكُرُ في كِتَابِ الْجِنَايَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَيَجُوزُ إعْتَاقُهُ لِأَنَّهُ إيصَالُهُ إلَى حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ مُعَجَّلًا وَلِأَنَّ الْمَنْعَ من الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ لِمَا فيه من مَنْعِهِ من وُصُولِهِ إلَى هذا الْمَقْصُودِ فَمِنْ الْمُحَالِ أَنْ يَمْنَعَ من إيصَالِهِ إلَيْهِ وَلِهَذَا جَازَ إعْتَاقُهُ أُمَّ الْوَلَدِ كَذَا الْمُدَبَّرُ وَيَجُوزُ مُكَاتَبَتُهُ لِأَنَّهُ يُرِيدُ تَعْجِيلَ الْحُرِّيَّةِ إلَيْهِ وَالْمَوْلَى يَمْلِكُ ذلك كما يَمْلِكُ مُكَاتَبَةَ أُمِّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ من غَيْرِ سَيِّدِهَا بِمَنْزِلَتِهَا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك فإنه رُوِيَ عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ بِمَنْزِلَتِهَا يَعْتِقُ بِعِتْقِهَا وَيَرِقُّ بِرِقِّهَا وَرُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه خُوصِمَ إلَيْهِ في أَوْلَادِ مُدَبَّرَةٍ فَقَضَى أَنَّ ما وَلَدَتْهُ قبل التَّدْبِيرِ عَبْدٌ وما وَلَدَتْهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ مُدَبَّرٌ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ ولم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ منهم فَيَكُونَ إجْمَاعًا وهو قَوْلُ شُرَيْحٍ وَمَسْرُوقٍ وَعَطَاءٍ وَطَاوُسٍ وَمُجَاهِدٍ وَسَعِيدِ بن جُبَيْرٍ وَالْحَسَنِ وَقَتَادَةَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَلَا يُعْرَفُ في السَّلَفِ خِلَافُ ذلك وَإِنَّمَا قال بِهِ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فَلَا يعقد (((يعتد))) بِقَوْلِهِ لخالفته (((لمخالفة))) الْإِجْمَاعِ وَلِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ يَسْرِي إلَى الْوَلَدِ كَوَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ وما وَلَدَتْهُ قبل التَّدْبِيرِ فَهُوَ من أَقْضِيَةِ عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَلِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ لم يَكُنْ ثَابِتًا في الْأُمِّ وَقْتَ الْوِلَادَةِ حتى يَسْرِيَ إلَى الْوَلَدِ
وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُدَبَّرَةُ في وَلَدِهَا فقال الْمَوْلَى وَلَدْتِيهِ قبل التَّدْبِيرِ فَهُوَ رَقِيقٌ وَقَالَتْ هِيَ وَلَدْتُهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَهُوَ مُدَبَّرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى مع يَمِينِهِ على عِلْمِهِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَةَ تَدَّعِي سِرَايَةَ التَّدْبِيرِ إلَى الْوَلَدِ وَالْمَوْلَى يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع الْيَمِينِ وَيَحْلِفُ على عِلْمِهِ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ لَيْسَتْ فِعْلَهُ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّ فِيهِمَا إثْبَاتُ التَّدْبِيرِ
وَلَوْ كان مَكَانَ التَّدْبِيرِ عِتْقٌ فقال الْمَوْلَى لِلْمُعْتَقَةِ وَلَدْتِيهِ قبل الْعِتْقِ وهو رَقِيقٌ وَقَالَتْ بَلْ وَلَدْتُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ وهو حُرٌّ يَحْكُمُ فيه الْحَالُ إنْ كان الْوَلَدُ في يَدِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَإِنْ كان في يَدِ الْمَوْلَى فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ إذَا كان في يَدِهَا كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لها
وإذا كان في يَدِهِ كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا له بِخِلَافِ الْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّهَا في يَدِ الْمَوْلَى فَكَذَا وَلَدُهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له على كل حَالٍ وكان الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَلَوْ قال لِأَمَةٍ لَا يَمْلِكُهَا إنْ مَلَكْتُك فَأَنْتِ مُدَبَّرَةٌ وَإِنْ اشْتَرَيْتُك فَأَنْتِ مُدَبَّرَةٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ إشتراهما جميعا فَالْأُمُّ مُدَبَّرَةٌ وَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِأَنَّ الْأُمَّ إنَّمَا صَارَتْ مُدَبَّرَةً بِالشَّرْطِ ولم يُوجَدْ الشَّرْطُ في حَقِّ الْوَلَدِ وأنه مُنْفَصِلٌ فَلَا

يَسْرِي إلَيْهِ تَدْبِيرُ الْأُمِّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى ما بَعْدَ مَوْتِ الْمُدَبِّرِ فَمِنْهَا عِتْقُ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّ عِتْقَهُ كان مُعَلَّقًا بِمَوْتِ الْمَوْلَى وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَيَسْتَوِي فيه الْمُدَبَّرُ الْمُطْلَقُ وَالْمُقَيَّدُ لِأَنَّ عِتْقَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَلَّقٌ بِالشَّرْطِ إلَّا أَنَّ الشَّرْطَ في الْمُقَيَّدِ الْمَوْتُ الْمَوْصُوفُ بِصِفَةٍ فإذا وُجِدَ ذلك فَقَدْ وُجِدَ الشَّرْطُ فَيَنْزِلُ الْمُعَلَّقُ وَسَوَاءٌ كان الْمَوْتُ حَقِيقَةً أو (((أم))) حُكْمًا بِالرِّدَّةِ بِأَنْ ارْتَدَّ الْمَوْلَى عن الْإِسْلَامِ وَالْعِيَاذُ بِاَللَّهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الرِّدَّةَ مع اللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ تَجْرِي مَجْرَى الْمَوْتِ في زَوَالِ الْأَمْلَاكِ وَكَذَا الْمُسْتَأْمَنُ إذَا اشْتَرَى عَبْدًا في دَار الْإِسْلَامِ فَدَبَّرَهُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَاسْتُرِقَّ الْحَرْبِيُّ عَتَقَ مُدَبَّرُهُ لِأَنَّ الِاسْتِرْقَاقَ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِهِ عن أَمْوَالِهِ حُكْمًا فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ
وَكَذَا وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ الذي ليس من مَوْلَاهَا لِأَنَّهُ تَبِعَهَا في حَقِّ الْحُرِّيَّةِ فَكَذَا في حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ وَيَسْتَوِي فيه الْمُطْلَقُ وَالْمُقَيَّدُ لِأَنَّ مَعْنَى التَّبَعِيَّةِ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ
وَمِنْهَا إن عِتْقَهُ يُحْسَبُ من ثُلُثِ مَالِ الْمَوْلَى وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وهو قَوْلُ سَعِيدِ بن جُبَيْرٍ وَشُرَيْحٍ وَالْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وروى عن عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّ عِتْقَهُ من جَمِيعِ الْمَالِ وهو قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيّ وَحَمَّادٍ وَجَعَلُوهُ كَأُمِّ الْوَلَدِ
وَلَنَا ما رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وهو حُرٌّ من الثُّلُثِ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ من ثُلُثِ الْمَالِ كَسَائِرِ الْوَصَايَا وَسَوَاءٌ كان التَّدْبِيرُ في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ في الْحَالَيْنِ وَسَوَاءٌ كان التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا أو مُقَيَّدًا لِعُمُومِ الحديث إلَّا أَنَّهُ خَصَّ منه

الْمُقَيَّدَ في حَقِّ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ فَيُعْمَلُ بِعُمُومِهِ في حَقِّ الِاعْتِبَارِ من الثُّلُثِ وَلِأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ توجد (((يوجد))) في النَّوْعَيْنِ وَأَنَّهُ يَقْتَضِي اعْتِبَارَهُ من الثُّلُثِ وَيُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْمَالِ يوم مَوْتِ الْمَوْلَى لِأَنَّ في الْوَصَايَا هَكَذَا يُعْتَبَرُ وإذا كان اعْتِبَارُ عِتْقِهِ من ثُلُثِ الْمَالِ فَإِنْ كان كُلُّهُ يَخْرُجُ من ثُلُثِ مَالِ الْمَوْلَى بِأَنْ كان له مَالٌ آخَرُ سِوَاهُ يَعْتِقُ كُلُّهُ وَلَا سِعَايَةَ عليه وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ غَيْرُهُ عَتَقَ ثُلُثُهُ وَيَسْعَى في الثُّلُثَيْنِ لِلْوَرَثَةِ
هذا إذَا لم يَكُنْ على الْمَوْلَى دَيْنٌ فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ يَسْعَى في جَمِيعِ قِيمَتِهِ في قَضَاءِ دُيُونِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على الْوَصِيَّةِ
وَمِنْهَا أَنَّ وَلَاءَ الْمُدَبَّرِ لِلْمُدَبِّرِ لِأَنَّهُ الْمُعْتِقُ وقد قال النبي الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَا يَنْتَقِلُ هذا الْوَلَاءُ عن الْمُدَبِّرِ وَإِنْ عَتَقَ الْمُدَبَّرُ من جِهَةِ غَيْرِهِ كَمُدَبَّرَةٍ بين اثْنَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَعَتَقَ عليه وَغَرِمَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ من الْوَلَدِ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ ثَابِتٌ في الْحَالِ عِنْدَنَا وَأَنَّهُ يَثْبُتُ حَقَّ الْوَلَاءِ وهو لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ
وَكَذَا الْمُدَبَّرُ بين شَرِيكَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وهو مُوسِرٌ فَضَمِنَ عَتَقَ بِالضَّمَانِ ولم يَتَغَيَّرْ الْوَلَاءُ عن الشَّرِكَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَعَلَى قَوْلِ

أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ التَّدْبِيرُ فَالتَّدْبِيرُ يَظْهَرُ بِمَا يَظْهَرُ بِهِ الْإِعْتَاقُ الْبَاتُّ
وهو الْإِقْرَارُ وَالْبَيِّنَةُ لِأَنَّهُ إثْبَاتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ في الْحَالِ فَيُعْتَبَرُ الْحَقُّ بِالْحَقِيقَةِ
وهو إثْبَاتُ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ بِالْإِثْبَاتِ بِالْحَالِ وَذَا يَظْهَرُ بِأَحَدِ
هَذَيْنِ فَكَذَا هذا إذْ عُرِفَ هذا فَنَقُولُ إذَا ادَّعَى الْمَمْلُوكُ التَّدْبِيرَ وَأَنْكَرَ الْمَوْلَى
فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ بِلَا خِلَافٍ فَإِنْ لم يَدَّعِ وَأَنْكَرَ التَّدْبِيرَ مع الْمَوْلَى لَا يقبل
(((تقبل))) الْبَيِّنَةُ على التَّدْبِيرِ من غَيْرِ دَعْوَى الْعَبْدِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَهُمَا يُقْبَلُ وَالْحِجَجُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ إلَّا أَنَّ الشَّهَادَةَ
على عِتْقِ الْأَمَةِ تُقْبَلُ من غَيْرِ دَعْوَاهُ بِالْإِجْمَاعِ وَالشَّهَادَةُ على تَدْبِيرِ الْأَمَةِ على
الِاخْتِلَافِ لِأَنَّ تَدْبِيرَ الْأَمَةِ لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ فلم تَكُنْ الشَّهَادَةُ قَائِمَةً على
حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ دَبَّرَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ بِغَيْرِ عَيْنِهِ في الصِّحَّة فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ في قَوْلِ
أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ مَجْهُولٌ وَعِنْدَهُمَا يُقْبَلُ وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ ذلك كان في
الْمَرَضِ يُقْبَلُ عِنْدَهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُقْبَلَ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْقِيَاسِ
وَالِاسْتِحْسَانِ في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَلَوْ شهدا (((شهد))) أَنَّهُ قال هذا حُرٌّ وَهَذَا
مُدَبَّرٌ بَعْدَ مَوْتِي فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا لم تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِجَهَالَةِ
الْمُدَّعِي
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قال هذا حُرٌّ بَعْد مَوْتِي لَا بَلْ هذا كَانَا جميعا مُدَبَّرَيْنِ وَيُعْتَقَانِ بَعْدَ
مَوْتِهِ من ثُلُثِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا قال هذا حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا فلما قال لَا بَلْ
هذا فَقَدْ رَجَعَ عن الْأَوَّلِ وَتَدَارَكَ بِالثَّانِي وَرُجُوعُهُ لَا يَصِحُّ وَتَدَارُكُهُ صَحِيحٌ كما
إذَا قال لِإِحْدَى امْرَأَتَيْهِ هذه طَالِقٌ لَا بَلْ هذه
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قال هذا حُرٌّ أَلْبَتَّةَ لَا بَلْ هذا مُدَبَّرٌ جَازَتْ الشَّهَادَةُ لَهُمَا لِأَنَّهُ أَعْتَقَ
الْأَوَّلَ ثُمَّ رَجَعَ وَتَدَارَكَ بِالثَّانِي فَالرُّجُوعُ لَا يَصِحُّ وَيَصِحُّ التَّدَارُكُ فَصَارَ الْأَوَّلُ حُرًّا
وَالثَّانِي مُدَبَّرًا
وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ دَبَّرَهُ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ أَلْبَتَّةَ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ
كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَهِدَ بِغَيْرِ ما شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ لَفْظًا وَمَعْنًى أَمَّا اللَّفْظُ فَلَا شَكَّ
فيه وَأَمَّا الْمَعْنَى فَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ الْبَاتَّ إثْبَاتُ الْعِتْقِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى وَهُمَا
مُتَغَايِرَانِ وَلَيْسَ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَكَذَلِكَ لو شَهِدَا بِالتَّدْبِيرِ
وَاخْتَلَفَا في شَرْطِهِ لِأَنَّهُمَا شَهِدَا على شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كما في الْإِعْتَاقِ الْبَاتِّ
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وهو الْمُوَفِّقُ
كِتَابُ الإستيلاد الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الِاسْتِيلَادِ لُغَةً
وَعُرْفًا وفي بَيَانِ شَرْطِهِ وفي بَيَانِ صِفَتِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ
بِهِ أَمَّا تَفْسِيرُهُ لُغَةً فالإستيلاد في اللُّغَةِ هو طَلَبُ الْوَلَدِ كالإستيهاب
والإستئناس أَنَّهُ طَلَبُ الْهِبَةِ والإنس وفي الْعُرْفِ هو تَصْيِيرُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ
يُقَالُ فُلَانٌ اسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ إنْ صَيَّرَهَا أُمَّ وَلَدِهِ
وَعَلَى هذا قُلْنَا أنه يَسْتَوِي في صَيْرُورَةِ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ الْوَلَدُ الْحَيُّ وَالْمَيِّتُ
لِأَنَّ الْمَيِّتَ وَلَدٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامُ الْوِلَادَةِ حتى تَنْقَضِيَ بِهِ الْعِدَّةُ وَتَصِيرَ
الْمَرْأَةُ بِهِ نُفَسَاءَ وَكَذَا لو أَسْقَطَتْ سِقْطًا قد اسْتَبَانَ خَلْقُهُ أو بَعْضُ خَلْقِهِ وَأَقَرَّ
بِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ الْحَيِّ الْكَامِلِ

الْخَلْقِ في تَصْيِيرِ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّ أَحْكَامَ الْوِلَادَةِ تَتَعَلَّقُ بِمِثْلِ هذا السَّقْطِ وهو ما ذَكَرْنَا وَإِنْ لم يَكُنْ اسْتَبَانَ شَيْءٌ من من خَلْقِهِ فَأَلْقَتْ مُضْغَةً أو عَلَقَةً أو نُطْفَةً فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى فَإِنَّهَا لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ كَذَا رَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ ما لم يَسْتَبِنْ خَلْقُهُ لَا يُسَمَّى وَلَدًا وَصَيْرُورَةُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ بِدُونِ الْوَلَدِ مُحَالٌ وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ دَمًا جَامِدًا أو لَحْمًا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الِاسْتِيلَادُ مع الشَّكِّ وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا وَلِلشَّافِعِيِّ فيه قَوْلَانِ في قَوْلٍ قال يُصَبُّ عليه الْمَاءُ الْحَارُّ فَإِنْ ذَابَ فَهُوَ دَمٌ وَإِنْ لم يَذُبْ فَهُوَ وَلَدٌ وفي قَوْلٍ قال يُرْجَعُ فيه إلَى قَوْلِ النِّسَاءِ وَالْقَوْلَانِ فَاسِدَانِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الطَّلَاقِ

وَلَوْ أَقَرَّ الْمَوْلَى فقال لِجَارِيَتِهِ حَمْلُ هذه الْجَارِيَةِ مِنِّي صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْحَمْلِ إقْرَارٌ بِالْوَلَدِ إذْ الْحَمْلُ عِبَارَةٌ عن الْوَلَدِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال إذَا قال حَمْلُ هذه الْجَارِيَةِ مِنِّي أو قال هِيَ حُبْلَى مِنِّي أو قال ما في بَطْنِهَا من وَلَدٍ فَهُوَ مِنِّي ثُمَّ قال بَعْدَ ذلك لم تَكُنْ حَامِلًا وَإِنَّمَا كان رِيحًا وَصَدَّقَتْهُ الْأَمَةُ فَإِنَّهُمَا لَا يُصَدَّقَانِ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَمْلِهَا وَالْحَمْلُ عِبَارَةٌ عن الْوَلَدِ وَذَلِكَ يُثْبِتُ لها حُرِّيَّةَ الِاسْتِيلَادِ فإذا رَجَعَ لم يَصِحَّ رُجُوعُهُ وَلَا يُلْتَفَتُ إلَى تَصْدِيقِهَا لِأَنَّ في الْحُرِّيَّةِ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِإِسْقَاطِ الْعَبْدِ وَلَوْ قال ما في بَطْنِهَا مِنِّي ولم يَقُلْ من حَمْلٍ أو وَلَدٍ ثُمَّ قال بَعْدَ ذلك كان رِيحًا وَصَدَّقَتْهُ لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّ قَوْلَهُ ما في بَطْنِهَا يَحْتَمِلُ الْوَلَدَ وَالرِّيحَ فَقَدْ تَصَادَقَا على اللَّفْظِ الْمُحْتَمَلِ فلم يَثْبُتْ الِاسْتِيلَادُ

وَلَوْ قال الْمَوْلَى إنْ كانت هذه الْجَارِيَةُ حُبْلَى فَهُوَ مِنِّي فأسقت (((فأسقطت))) سِقْطًا قد اسْتَبَانَ خَلْقُهُ أو بَعْضُ خَلْقِهِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِمَا بَيَّنَّا فَإِنْ وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له وَلِأَنَّ الطَّرِيقَ إلَى ثُبُوتِ نَسَبِ الْحَمْلِ منه هذا لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ إنْ كانت حُبْلَى فَهُوَ مِنِّي أَيْ إنِّي وَطِئْتُهَا فَإِنْ حَبِلَتْ من وَطْءٍ فَهُوَ مِنِّي فإذا أَتَتْ بَعْدَ هذه المقالة (((المقابلة))) بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَيَقَّنَّا أنها كانت حَامِلًا حِينَئِذٍ فَثَبَتَ النَّسَبُ وَالِاسْتِيلَادُ فَإِنْ أَنْكَرَ الْمَوْلَى الْوِلَادَةَ فَشَهِدَتْ عليها امْرَأَةٌ لَزِمَهُ النَّسَبُ لِأَنَّ الزَّوْجَ إذَا كان أَقَرَّ بِالْحَمْلِ تُقْبَلُ شَهَادَةُ امْرَأَتِهِ على الْوِلَادَةِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الطَّلَاقِ

فَإِنْ جَاءَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا لم يَلْزَمْهُ ولم تَصِرْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّا نَعْلَمُ وُجُودَ هذا الْحَمْلِ في ذلك الْوَقْتِ لِجَوَازِ أنها حَمَلَتْ بَعْدَ ذلك فَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ والإستيلاد بِالشَّكِّ

فَصْلٌ وَأَمَّا سَبَبُ الِاسْتِيلَادِ وهو صَيْرُورَةُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا سَبَبُهُ هو ثُبُوتُ نَسَبِ الْوَلَدِ وقال الشَّافِعِيُّ سببه عُلُوقُ الْوَلَدِ حُرًّا على الْإِطْلَاقِ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ على أَنَّ حُكْمَ الإستيلاد في الْحَالِ هو ثُبُوتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ وَثُبُوتُ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى

وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم في جَارِيَتِهِ مَارِيَةَ الْقِبْطِيَّةِ لَمَّا وَلَدَتْ إبْرَاهِيمَ ابْنَ النبي عليه الصلاة (((وسلم))) والسلام أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا وَالْمُرَادُ منه التسبب (((التسبيب))) أَيْ وَلَدُهَا سَبَبُ عِتْقِهَا غير أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا في جِهَةِ التَّسْبِيبِ فقال أَصْحَابُنَا هِيَ ثُبُوتُ نَسَبِ الْوَلَدِ

وقال الشَّافِعِيُّ هِيَ عُلُوقُ الْوَلَدِ حُرًّا مُطْلَقًا

وَجْهُ قَوْلِهِ أَن الْوَلَدَ حُرٌّ بِلَا شَكٍّ وأنه جُزْءُ الْأُمِّ وَحُرِّيَّةُ الْجُزْءِ تَقْتَضِي حُرِّيَّةَ الْكُلِّ إذْ لَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْكُلُّ رَقِيقًا وَالْجُزْءُ حُرًّا كان يَنْبَغِي أَنْ تُعْتَقَ الْأُمُّ لِلْحَالِ إلَّا أَنَّهُ إنَّمَا لَا تُعْتَقُ لِأَنَّ الْوَلَدَ انْفَصَلَ منها وَحُرِّيَّتُهُ على اعْتِبَارِ الِانْفِصَالِ لَا تُوجِبُ حُرِّيَّةَ الْأُمِّ كما لو أَعْتَقَ الْجَنِينَ فَقُلْنَا بِثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ في الْحَالِ

وَتَأَخُّرِ الْحَقِيقَةِ إلَى بَعْدِ الْمَوْتِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ
وَلَنَا أَنَّ الْوَطْءَ الْمُعَلَّقَ أَوْجَبَ الْجُزْئِيَّةَ بين الْمَوْلَى وَالْجَارِيَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ لِاخْتِلَاطِ الْمَاءَيْنِ وَصَيْرُورَتِهِمَا شيئا وَاحِدًا وَانْخِلَاقِ الْوَلَدِ منه فَكَانَ الْوَلَدُ جزأ لَهُمَا وَبَعْدَ الِانْفِصَالِ عنها إنْ لم يَبْقَ جزأ لها على الْحَقِيقَةِ فَقَدْ بَقِيَ حُكْمًا لِثُبُوتِ النَّسَبِ وَلِهَذَا تُنْسَبُ كُلُّ الْأُمِّ إلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ يُقَالُ أُمُّ وَلَدِهِ فَلَوْ بَقِيَتْ حَقِيقَةُ الْحُرِّيَّةِ لَثَبَتَتْ حَقِيقَةُ الْحُرِّيَّةِ لِلْحَالِ فإذا بَقِيَتْ حُكْمًا ثَبَتَ الْحَقُّ على ما عليه وَضْعُ مَأْخَذِ الْحُجَجِ في تَرْتِيبِ الإحكام على قَدْرِ قُوَّتِهَا وَضَعْفِهَا وَإِلَى هذا الْمَعْنَى أَشَارَ عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه فقال أبعد ما اخْتَلَطَتْ لُحُومُكُمْ بِلُحُومِهِنَّ وَدِمَاؤُكُمْ بِدِمَائِهِنَّ تُرِيدُونَ بَيْعَهُنَّ
ثُمَّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا في كَيْفِيَّةِ هذا السَّبَبِ فقال عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ السَّبَبُ هو ثُبُوتُ النَّسَبِ شَرْعًا وقال زُفَرُ هو ثُبُوتُ النَّسَبِ مُطْلَقًا سَوَاءٌ ثَبَتَ شَرْعًا أو حَقِيقَةً وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا تَزَوَّجَ جَارِيَةً إنْسَانٌ فَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له عِنْدَ أَصْحَابِنَا لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِيلَادِ هو ثُبُوتُ النَّسَبِ وقد ثَبَتَ فَتَحَقَّقَ السَّبَبُ إلَّا أَنَّهُ تَوَقَّفَ الْحُكْمُ على وُجُودِ الْمِلْكِ فَتَعَذَّرَ إثْبَاتُ حُكْمِهِ

وهو حَقُّ الْحُرِّيَّةِ في غَيْرِ الْمِلْكِ كما يَتَعَذَّرُ إثْبَاتُ الْحَقِيقَةِ في غَيْرِهِ فَتَأَخَّرَ الْحُكْمُ إلَى وَقْتِ الْمِلْكِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له
وهو قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيّ لِأَنَّ السَّبَبَ عِنْدَهُ عُلُوقُ الْوَلَدِ حُرًّا على الْإِطْلَاقِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ الْوَلَدَ رَقِيقٌ في حَقِّ مَوْلَاهُ وإذا مَلَكَ وَلَدَهُ الذي اسْتَوْلَدَهُ عَتَقَ عليه بِالْإِجْمَاعِ
أَمَّا عِنْدَنَا فَلِأَنَّهُ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه فَيَعْتِقُ وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّهُ مَلَكَ وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ منه شَرْعًا
وَكَذَلِكَ إذَا ثَبَتَ النَّسَبُ من غَيْرِ مَالِكِ الْجَارِيَةِ بِوَطْءٍ بِشُبْهَةٍ ثُمَّ مَلَكَهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له حين مَلَكَهَا عِنْدَنَا لِوُجُودِ السَّبَبِ وَعِنْدَهُ لَا لِانْعِدَامِ السَّبَبِ
وَلَوْ مَلَكَ الْوَلَدَ عَتَقَ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَاسْتَوْلَدَهَا بِأَنْ قال زَنَيْتُ بها أو فَجَرْتِ بها أو قال هو ابْنِي من زِنًا أو فُجُورٍ وَصَدَّقَتْهُ وَصَدَّقَهُ مَوْلَاهَا فَوَلَدَتْ ثُمَّ مَلَكَهَا لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وهو اسْتِحْسَانٌ
وَالْقِيَاسُ أَنْ تَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ له وهو قَوْلُ زُفَرَ بِنَاءً على أَنَّ السَّبَبَ عِنْدَهُ ثُبُوتُ النَّسَبِ مُطْلَقًا وقد ثَبَتَ النَّسَبُ حَقِيقَةً بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو تَمَلَّك الْوَلَدَ عَتَقَ عليه بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَالسَّبَبُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ هو ثُبُوتُ نَسَبِ الْوَلَدِ شَرْعًا ولم يَثْبُتْ
فصل وَأَمَّا شَرْطُهُ فما هو شَرْطُ ثُبُوتِ النَّسَبِ شَرْعًا وهو الْفِرَاشُ وَلَا فِرَاشَ إلَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ أو شُبْهَةٍ أو تَأْوِيلِ الْمِلْكِ أو مِلْكِ النِّكَاحِ أو شُبْهَتِهِ وَلَا تَصِيرُ الْأَمَةُ فِرَاشًا في مِلْكِ الْيَمِينِ بِنَفْسِ الْوَطْءِ بَلْ بِالْوَطْءِ مع قَرِينَةِ الدَّعْوَى عِنْدَنَا وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الدعوة (((الدعوى))) فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِيلَادُ بِدُونِ الدَّعْوَةِ وَيَسْتَوِي في الِاسْتِيلَادِ مِلْكُ الْقِنَّةِ وَالْمُدَبَّرَةِ لِاسْتِوَائِهِمَا في إثْبَاتِ النَّسَبِ إلى أَنَّ الْمُدَبَّرَةَ إذَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ بَطَلَ التَّدْبِيرُ لِأَنَّ أُمِّيَّةَ الْوَلَدِ أَنْفَعُ لها

أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَسْعَى لِغَرِيمٍ وَلَا لِوَارِثٍ وَالْمُدَبَّرَةُ تَسْعَى وَيَسْتَوِي في ثَبَاتِ النَّسَبِ مِلْكُ كل الْجَارِيَةِ وَبَعْضِهَا

وَكَذَا في الِاسْتِيلَادِ حتى لو أَنَّ جَارِيَةً بين اثْنَيْنِ عُلِّقَتْ في مِلْكِهِمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ له بِالضَّمَانِ وهو نِصْفُ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَيَسْتَوِي في هذا الضَّمَانِ الْيَسَارُ وَالْإِعْسَارُ وَيَغْرَمُ نِصْفَ الْعُقْرِ لِشَرِيكِهِ وَلَا يَضْمَنُ من قِيمَةِ الْوَلَدِ شيئا

أَمَّا ثُبُوتُ النَّسَبِ فَلِحُصُولِ الْوَطْءِ في مَحَلٍّ له فيه مِلْكٌ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ من الْمِلْكِ أَوْجَبَ ثُبُوتَ النَّسَبِ بِقَدْرِهِ وَالنَّسَبُ لَا يَتَجَزَّأُ وإذا ثَبَتَ في بَعْضِهِ ثَبَتَ في كُلِّهِ ضَرُورَةَ عَدَمِ التجزي (((التجزؤ))) وَلِأَنَّ النَّسَبَ ثَبَتَ بِشُبْهَةِ الْمِلْكِ فَلَأَنْ يَثْبُتَ بِحَقِيقَةِ الْمِلْكِ أَوْلَى

وَأَمَّا صَيْرُورَةُ الْجَارِيَةِ كُلِّهَا أُمَّ وَلَدٍ له فَالنِّصْفُ قَضِيَّةٌ لِلتَّسَبُّبِ لِأَنَّ نِصْفَ الْجَارِيَةِ مَمْلُوكٌ له وَالنِّصْفُ الْآخَرُ إمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ فِيمَا يُمْكِنُ نَقْلُ الْمِلْكِ فيه فإذا ثَبَتَ في الْبَعْضِ يَثْبُتُ في الْكُلِّ لِضَرُورَةِ عَدَمِ التجزي (((التجزؤ))) وَإِمَّا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ التَّكَامُلِ وهو النَّسَبُ على كَوْنِهِ مُتَجَزِّئًا في نَفسِهِ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِيلَادِ هو ثُبُوتُ النَّسَبِ وَالنَّسَبُ لَا يَتَجَزَّأُ وَالْحُكْمُ على وَفْقِ الْعِلَّةِ فَثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ وفي نَصِيبِهِ قَضِيَّةٌ لِلسَّبَبِ ثُمَّ يَتَكَامَلُ في الْبَاقِي بِسَبَبِ النَّسَبِ وَإِمَّا بِاعْتِبَارِ سَبَبٍ آخَرَ أَوْجَبَ التَّكَامُلَ على ما عُرِفَ في الْخِلَافِيَّاتِ ثُمَّ لَا سَبِيلَ إلَى التَّكَامُلِ بِدُونِ مِلْكِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَيَصِيرُ مُتَمَلِّكًا نَصِيبَ شَرِيكِهِ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ في ذلك النَّصِيبِ وَلَا سَبِيلَ إلَى تَمَلُّكِ مَالِ الْغَيْرِ من غَيْرِ بَدَلٍ فَيَتَمَلَّكُهُ بِالْبَدَلِ وهو نِصْفُ قِيمَتِهَا وَإِنَّمَا اسْتَوَى في هذا الضَّمَانِ حَالَةُ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ مِلْكٍ كَضَمَانِ الْمَبِيعِ

وَأَمَّا وُجُوبُ نِصْفِ الْعُقْرِ فَلِوُجُودِ الْإِقْرَارِ منه بِوَطْءِ مِلْكِ الْغَيْرِ وإنه حَرَامٌ إلَّا أَنَّ الْحَدَّ لم يَجِبْ لِمَكَانِ شُبْهَةِ الحصول (((لحصول))) الْوَطْءِ في مِلْكِهِ وَمِلْكِ شَرِيكِهِ فَلَا بُدَّ من وُجُوبِ الْعُقْرِ وَلَا يَدْخُلُ الْعُقْرُ في ضَمَانِ الْقِيمَةِ لِأَنَّ ضَمَانَ نِصْفِ الْقِيمَةِ ضَمَانُ الْجُزْءِ وَضَمَانُ الْبِضْعِ ضَمَانُ الْجُزْءِ وَلِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لها حُكْمُ الْأَجْزَاءِ وَضَمَانُ الْجُزْءِ لَا يَدْخُلُ في مِثْلِهِ

وَأَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ نِصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ بِالْعُلُوقِ السَّابِقِ فَصَارَ الْوَلَدُ جَارِيًا على مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وَلِأَنَّ الْوَلَدَ في حَالِ الْعُلُوقِ لَا قِيمَةَ له فَلَا يُقَابَلُ بِالضَّمَانِ وَلِأَنَّهُ كان بِمَنْزِلَةِ الْأَوْصَافِ فَلَا يُفْرَدُ بِالضَّمَانِ وَيَسْتَوِي في ثُبُوتِ النَّسَبِ وَصَيْرُورَةِ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ مِلْكُ الذَّاتِ وَمِلْكُ الْيَدِ كَالْمُكَاتَبِ إذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً من إكْسَابِهِ على ما نَذْكُرُ في كِتَابِ الدَّعْوَى إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَيَسْتَوِي في دَعْوَةِ النَّسَبِ حَالَةُ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ لِأَنَّ النَّسَبَ من الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ

وَكَذَلِكَ إذَا ادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا واعتقه الْآخَرُ وَخَرَجَ الْقَوْلُ مِنْهُمَا مَعًا فَعِتْقُهُ بَاطِلٌ وَدَعْوَةُ صَاحِبِهِ أَوْلَى لِأَنَّ الدعوى (((الدعوة))) اسْتَنَدَتْ إلَى حَالَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ وَهِيَ

الْعُلُوقُ وَالْعِتْقُ وَقَعَ في الْحَالِ فَصَارَتْ الدَّعْوَةُ أَسْبَقَ من الاعتاق فَكَانَتْ أَوْلَى

وَإِنْ ادَّعَيَاهُ جميعا فَهُوَ ابْنُهُمَا وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُمَا تَخْدِمُ لِهَذَا يَوْمًا وَلِذَاكَ يَوْمًا وَلَا يَضْمَنُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا من قِيمَةِ الْأُمِّ لِصَاحِبِهِ شيئا وَيَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الْعُقْرِ فَيَكُونُ قِصَاصًا
أَمَّا ثُبُوتُ النَّسَبِ مِنْهُمَا فَمَذْهَبُنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ من أَحَدِهِمَا وَيَتَعَيَّنُ بِقَوْلِ القامة (((القافة))) وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الدَّعْوَى وَأَمَّا صَيْرُورَةُ نَصِيبِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ فَلِثُبُوتِ نَسَبِ وَلَدِهَا منه فَصَارَ كَأَنَّهُ انْفَرَدَ بِالدَّعْوَةِ وَإِنَّمَا لَا يَضْمَنُ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ شيئا من قِيمَةِ الْأُمِّ لِأَنَّ نَصِيبَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لم يَنْتَقِلْ إلَى شَرِيكِهِ
وَإِنَّمَا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ نِصْفَ الْعُقْرِ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو الْإِقْرَارُ بِالْوَطْءِ في مِلْكِ الْغَيْرِ فَيَصِيرُ أَحَدُهُمَا قِصَاصًا لِلْآخَرِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ في الِاسْتِيفَاءِ
وَكَذَلِكَ لو كانت الْجَارِيَةُ بين ثَلَاثَةٍ أو أَرْبَعَةٍ أو خَمْسَةٍ فَادَّعُوهُ جميعا مَعًا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منهم وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ ولد (((ولدهم))) لهم في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ من أَكْثَرَ من اثْنَيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ من أَكْثَرَ من ثَلَاثَةٍ وَنَذْكُرُ الْحِجَجَ في كِتَابِ الدَّعْوَى إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ كانت الْأَنْصِبَاءُ مُخْتَلِفَةً بِأَنْ كان لِأَحَدِهِمْ السُّدُسُ وَلِلْآخَرِ الرُّبُعُ وَالْآخَرِ الثُّلُثُ وَلِآخَرَ ما بَقِيَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ منهم وَيَصِيرُ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ منهم من الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له لَا يَتَعَدَّى إلَى نَصِيبِ صَاحِبِهِ حتى تَكُونَ الْخِدْمَةُ وَالْكَسْبُ وَالْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ على قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمْ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ منه في نَصِيبِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ فيه اسْتِيلَادُ غَيْرِهِ
وَلَوْ كانت الْأَمَةُ بين الْأَبِ وَالِابْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَيَاهُ جميعا مَعًا أو كانت بين حُرٍّ وَعَبْدٍ فَادَّعَيَاهُ أو بين حُرٍّ وَمُكَاتَبٍ أو بين مُكَاتَبٍ وَعَبْدٍ أو بين مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ أو بين كِتَابِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ أو بين عَبْدٍ مُسْلِمٍ أو مُكَاتَبٍ مُسْلِمٍ وَبَيْنَ حُرٍّ كَافِرٍ أو بين ذِمِّيٍّ وَمُرْتَدٍّ فَحُكْمُهُ يُذْكَرُ في كاتب (((كتاب))) الدَّعْوَى
هذا إذَا كان الْعُلُوقُ في مِلْكِ الْمُدَّعِيَيْنِ فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ اشْتَرَيَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا أو كِلَاهُمَا فَهُوَ من مَسَائِلِ الدعوة (((الدعوى))) نذكر (((نذكره)))
هُنَاكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَكَذَا إذَا وَلَدَتْ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَكَةُ بين اثْنَيْنِ وَلَدَيْنِ فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَدًا وَلَدَتْهُمَا في بَطْنٍ أو بَطْنَيْنِ وَالدَّعْوَتَانِ خَرَجَتَا مَعًا أو على التَّعَاقُبِ وَكَذَا إذَا وَلَدَتْ جَارِيَةٌ لِإِنْسَانٍ ثلاث أَوْلَادٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمْ وَهُمْ وُلِدُوا في بَطْنٍ وَاحِدٍ أو في بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ وَادَّعَى الْمَوْلَى أحدهما (((أحدهم))) بِعَيْنِهِ أو بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَحُكْمُ هذه الْجُمْلَةِ في كِتَابِ الدَّعْوَى وَكَذَا دَعْوَةُ الْأَبِ نَسَبَ وَلَدِ جَارِيَةِ ابْنِهِ مع فُرُوعِهَا وَدَعْوَةُ اللَّقِيطِ مع فُصُولِهَا تُذْكَرُ ثَمَّةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
أَمَةٌ بين رَجُلَيْنِ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا أنها أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ وَأَنْكَرَ ذلك صَاحِبُهُ قال أبو حَنِيفَةَ يَبْطُلُ حَقُّ الشَّاهِدِ في رَقَبَتِهَا مُوسِرًا كان الْمَشْهُودُ عليه أو مُعْسِرًا وَتَخْدِمُ الْمَشْهُودَ عليه يَوْمًا وَيَرْتَفِعُ عنها يَوْمًا فَإِنْ مَاتَ الْمَشْهُودُ عليه سَعَتْ لِوَرَثَتِهِ وَكَانَتْ في حَالِ السِّعَايَةِ كَالْمُكَاتَبَةِ فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ وكان نِصْفُ وَلَائِهَا لِلْمَشْهُودِ عليه وَالنِّصْفُ لِبَيْتِ الْمَالِ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْآخَرِ وقال مُحَمَّدٌ يَسْعَى السَّاعَةَ في نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلْمَشْهُودِ عليه فإذا أَدَّتْ فَهِيَ حُرَّةٌ لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ عليها وَجْهُ قَوْلِهِ إنَّ الْمُقِرَّ قد أَفْسَدَ على شَرِيكِهِ مِلْكَهُ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا لم يُصَدِّقْهُ الشَّرِيكُ انْقَلَبَ إقْرَارُهُ على نَفَسِهِ فَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّ

الْبَائِعَ كان قد أَعْتَقَهُ وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ إقْرَارُهُ عليه وَيُجْعَلُ مُعْتَقًا كَذَا هَهُنَا وإذا انْقَلَبَ إقْرَارُهُ على نَفَسِهِ صَارَ مُقِرًّا بِالإستيلادِ في نَصِيبِهِ وَمَتَى ثَبَتَ في نَصِيبِهِ ثَبَتَ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لم يَتَجَزَّأْ فَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَكِنْ لَا سَبِيلَ إلَى تَضْمِينِهِ لِأَنَّ شَرِيكَهُ قد كَذَّبَهُ في إقْرَارِهِ فَكَانَ لِشَرِيكِهِ السِّعَايَةُ كما لو أَعْتَقَ الْمُقِرُّ نَصِيبَهُ وهو مُعْسِرٌ وإذا سَعَتْ في نَصِيبِهِ وَعَتَقَ نَصِيبُهُ يَعْتِقُ الْكُلُّ لِعَدَمِ تجزي (((تجزؤ))) الْعِتْقِ عِنْدَهُ وَلَهُمَا أَنَّ الْمُقِرَّ بهذا الْإِقْرَارِ يَدَّعِي الضَّمَانَ على الْمُنْكِرِ بِسَبَبِ تملك الْجَارِيَةِ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزَّأُ فِيمَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَالْمِلْكَ وَيَجِبُ الضَّمَانُ فيه على الشَّرِيكِ في حَالَةِ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ وَدَعْوَى الضَّمَانِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَمَةِ عن السِّعَايَةِ فَبَطَلَ حَقُّهُ في رَقَبَتِهَا وَبَقِيَ حَقُّ الْمُنْكِرِ في نَصِيبِهِ كما كان وَلِأَنَّ الْمُقِرَّ لَا يَخْلُو إمَّا أن كان صَادِقًا في الْإِقْرَارِ وَإِمَّا أن كان فيه كَاذِبًا فَإِنْ كان صَادِقًا كانت الْجَارِيَةُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ فَيُسَلِّمُ له كَمَالَ الِاسْتِخْدَامِ وَإِنْ كان كَاذِبًا كانت الْجَارِيَةُ بَيْنَهُمَا على ما كانت قبل الْإِقْرَارِ فَنِصْفُ الْخِدْمَةِ ثَابِتَةٌ لِلْمُنْكِرِ بِيَقِينٍ وَاعْتِبَارُ هذا الْمَعْنَى يُوجِبُ أَنْ لَا سِعَايَةَ عليها أَيْضًا فَأَمَّا الْمُقِرُّ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ عن الْخِدْمَةِ لِزَعْمِهِ أَنَّ كُلَّ الْخِدْمَةِ لِشَرِيكِهِ إلَّا أن شَرِيكَهُ لَمَّا رَدَّ عليه بَطَلَتْ خِدْمَةُ الْيَوْمِ وَبَيْعُ

(4/126)

هذه الْجَارِيَةِ مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّ الشَّاهِدَ أَقَرَّ أنها أُمُّ وَلَدٍ وحين ما أَقَرَّ كان له مِلْكٌ فيها في الظَّاهِرِ فَيَنْفُذُ إقْرَارُهُ في حَقِّهِ وإذا مَاتَ الْمَشْهُودُ عليه فَإِنَّهَا تَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهَا لِوَرَثَتِهِ
لِأَنَّ في زَعْمِ الشَّاهِدِ أنها عَتَقَتْ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ لِزَعْمِهِ أنها أُمُّ وَلَدِ صَاحِبِهِ وَالْأَمَةُ الْمُشْتَرَكَةُ بين اثْنَيْنِ إذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا على شَرِيكِهِ بِالْعِتْقِ كان له عليها السِّعَايَةُ وَإِنْ كَذَّبَهُ صَاحِبُهُ في الْإِقْرَارِ كَذَلِكَ هَهُنَا وَنِصْفُ الْوَلَاءِ لِلْمَشْهُودِ عليه لأنه (((لأنها))) عَتَقَتْ على مِلْكِهِ وَوَقَفَ النِّصْفَ الْآخَرَ لِأَنَّ الْمُقِرَّ أَقَرَّ أَنَّهُ لِلْمَشْهُودِ عليه وَالْمَشْهُودُ عليه رَدَّ عليه قراره (((إقراره))) فَلَا يُعْرَفُ لِهَذَا النِّصْفِ مُسْتَحَقٌّ مَعْلُومٌ فَيَكُونَ لِبَيْتِ الْمَالِ فَإِنْ جَاءَتْ ولد (((بولد))) فقال أَحَدُهُمَا هو ابن الشَّرِيكِ وَأَنْكَرَ الشَّرِيكُ فَالْجَوَابُ في الْأُمِّ كَذَلِكَ وَأَمَّا الْوَلَدُ فَيَعْتِقُ وَيَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ لِلْمَشْهُودِ عليه لِأَنَّ الشَّرِيكَ الْمُقِرَّ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ من جِهَةِ شَرِيكِهِ وَأَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إذَا شَهِدَ على الْآخَرِ بِالْعِتْقِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ يَسْعَى الْعَبْدُ لِلْمَشْهُودِ عليه
وفي مَسْأَلَتِنَا لَا يَسْعَى لِلشَّاهِدِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ وَأَنَّهُ لَا سِعَايَةَ عليه وَنَظِيرُ هذه الْمَسْأَلَةِ ما رَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ في جَارِيَةٍ بين شَرِيكَيْنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ دَبَّرَهَا وَأَنْكَرَ الشَّرِيكُ فإن أَبَا حَنِيفَةَ قال الشَّاهِدُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ دَبَّرَ فَخَدَمَتْهُ يَوْمًا وَالْآخَرَ يَوْمًا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ولم يُدَبِّرْ فَخَدَمَتْهُ يَوْمًا وَالْآخَرَ يَوْمًا وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَاهَا في نِصْفِ قِيمَتِهَا فَسَعَتْ له يَوْمًا وَخَدَمَتْ الْآخَرَ يَوْمًا فإذا أَدَّتْ فَعَتَقَتْ سَعَتْ لِلْآخَرِ وكان قَوْلُ أبي يُوسُفَ في ذلك أنها كَأُمِّ الْوَلَدِ ثُمَّ رَجَعَ وقال تُوقَفُ كما قال أبو حَنِيفَةَ إلَّا في تَبْعِيضِ التَّدْبِيرِ وقال مُحَمَّدٌ تَسْعَى السَّاعَةَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الِاسْتِيلَادِ وهو أَنَّ الشَّرِيكَ لَمَّا لم

يُصَدِّقْهُ فِي إقْرَارِهِ انْقَلَبَ عليه إقْرَارُهُ وَثَبَتَ التَّدْبِيرُ في نَصِيبِهِ وأنه يَتَعَدَّى إلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ لِعَدَمِ تجزي (((تجزؤ))) التَّدْبِيرِ عِنْدَهُ فَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ الْمُنْكِرِ وَتَعَذَّرَ إيجَابُ الضَّمَانِ عليه لِلْمُنْكِرِ لِتَكْذِيبِهِ إيَّاهُ فَتَسْعَى الْجَارِيَةُ له كما لو أَنْشَأَ التَّدْبِيرَ في نَصِيبِهِ وَمِنْ أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ فَلَا يَصِيرُ نَصِيبُهُ بِإِقْرَارِهِ بِالتَّدْبِيرِ على صَاحِبِهِ مُدَبَّرًا كما لو دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ أَنَّهُ يَبْقَى نَصِيبُ الْآخَرِ على حَالِهِ وَلَهُ التَّدْبِيرُ وَالِاسْتِسْعَاءُ وَالتَّرْكُ على حَالِهِ إلَّا أَنَّ هَهُنَا لو اخْتَارَ السِّعَايَةَ فَإِنَّمَا يَسْتَسْعَاهَا يَوْمًا وَيَتْرُكُهَا يَوْمًا ولأنه لَا يَمْلِكُ جَمِيعَ مَنَافِعِهَا فَلَا يَمْلِكُ أَنْ يستسعى إلَّا على مِقْدَارِ حَقِّهِ فإذا أَدَّتْ عَتَقَ نَصِيبُهُ وَيَسْعَى لِلْمُنْكِرِ في نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ فَسَدَ نَصِيبُهُ وَتَعَذَّرَ تَضْمِينُ الْمُقِرِّ فَكَانَ له أَنْ يستسعى وأبو يُوسُفَ وَافَقَ أَبَا حَنِيفَةَ إلَّا أَنَّهُ يقول إنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ فَهُوَ بِدَعْوَى التَّدْبِيرِ على شَرِيكِهِ يَدَّعِي الضَّمَانَ عليه مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا فَكَانَ مُبَرِّئًا لِلْأَمَةِ عن السِّعَايَةِ فلم يَبْقَ له حَقُّ الِاسْتِسْعَاءِ وَلَا حَقُّ الِاسْتِخْدَامِ فيوقف (((فيتوقف))) نَصِيبُهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّدْبِيرِ على صَاحِبِهِ أو شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ بالإستيلاد فَلَا سَبِيلَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ وَلَا على الْأَمَةِ مُوسِرَيْنِ كَانَا أو مُعْسِرَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي حَقَّ الْحُرِّيَّةِ من جِهَتِهِ وَالْإِبْرَاءَ لِلْأَمَةِ من السِّعَايَةِ وَيَدَّعِي الضَّمَانَ على شَرِيكِهِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

فَأَمَّا مُحَمَّدٌ فَوَافَقَ أَبَا حَنِيفَةَ في هذا الْفَصْلِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ هَهُنَا أَبْرَأَ الْأَمَةَ من السِّعَايَةِ وَادَّعَى الضَّمَانَ على شَرِيكِهِ وَرَوَى الْمُعَلَّى عن أبي يُوسُفَ في عَبْدٍ بين شَرِيكَيْنِ قال أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ هذا ابْنِي وَابْنُك أو ابْنُك وَابْنِي فقال الْآخَرُ صَدَقْت فَهُوَ ابن الْمُقِرِّ خَاصَّةً دُونَ الْمُصَدِّقِ وَكَذَلِكَ قال مُحَمَّدٌ في الزِّيَادَاتِ في صَبِيٍّ لَا يَعْقِلُ في يَدِ رَجُلَيْنِ قال أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ هو ابْنِي وَابْنُك وَصَدَّقَهُ صَاحِبُهُ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا قال هو ابْنِي فَكَمَا قال ذلك ثَبَتَ نَسَبُهُ منه لوجد (((لوجود))) الْإِقْرَارِ منه بِالنَّسَبِ في مِلْكِهِ فَلَا يَحْتَمِلُ الثُّبُوتَ من غَيْرِهِ بَعْدَ ذلك

قال مُحَمَّدٌ لو قال هذا ابْنُك وَسَكَتَ فلم يُصَدِّقْهُ صَاحِبُهُ حتى قال هو ابْنِي مَعَك فَهُوَ مَوْقُوفٌ فَإِنْ قال صَاحِبُهُ هو ابْنِي دُونَك فَهُوَ كما قال لِأَنَّهُ أَقَرَّ له بِالنَّسَبِ ابْتِدَاءً وَسَكَتَ فَقَدْ اسْتَقَرَّ إقْرَارُهُ وَوَقَفَ على التَّصْدِيقِ فَقَوْلُهُ بَعْدَ ذلك هو ابْنِي يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ الْإِقْرَارِ فَلَا يَسْمَعُ فإذا وَجَدَ التَّصْدِيقَ من الْمُقَرِّ له ثَبَتَ النَّسَبُ منه قال فَإِنْ قال الْمُقَرُّ له ليس بإبني وَلَكِنَّهُ ابْنُك أو قال ليس بإبني وَلَا ابْنُك

أو قال ليس يا (((بابني))) بني وَسَكَتَ فَلَيْسَ بِابْنٍ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال مُحَمَّدٌ إنْ صَدَّقَهُ فَهُوَ ابن الْمُقِرِّ له وَإِنْ كَذَّبَهُ فَهُوَ ابن الْمُقِرِّ فَهَذَا فَرْعُ اخْتِلَافِهِمْ فِيمَنْ أَقَرَّ بِعَبْدٍ أَنَّهُ ابن فُلَانٍ وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ له وَادَّعَاهُ الْمَوْلَى أَنَّهُ لم تَصِحَّ دَعْوَتُهُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا تَصِحُّ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَمَّا كَذَّبَهُ الْمُقَرُّ له فَقَدْ بَطَلَ إقْرَارُهُ كما في الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ

وإذا بَطَلَ إقْرَارُهُ الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَجَازَ أَنْ يَدَّعِيَهُ لِنَفْسِهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالنَّسَبِ لِغَيْرِهِ فَقَدْ زَعَمَ أَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ منه فَتَكْذِيبُهُ يَنْفِي ثُبُوتَ النَّسَبِ منه في حَقِّهِ لَا في حَقِّ الشَّرِيكِ بَلْ بَقِيَ ثَابِتَ النَّسَبِ منه في حَقِّهِ فإذا ادَّعَى وَلَدًا هو ثَابِتُ النَّسَبِ من الْغَيْرِ في حَقِّهِ فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَلَوْ قال هو ابْنِي وَابْنُكَ فَهُوَ من الثَّانِي لِأَنَّهُ لَمَّا قال هو ابْنِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَقَدْ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه فَإِقْرَارُهُ بَعْدَ ذلك بِقَوْلِهِ وَابْنُك لم يَصِحَّ

قال مُحَمَّدٌ فَإِنْ كان هذا الْغُلَامُ يَعْقِلُ فَالْمَرْجِعُ إلَى تَصْدِيقِهِ لِأَنَّهُ إذَا كان عَاقِلًا كان في يَدِ نَفْسِهِ فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَى النَّسَبِ عليه من غَيْرِ تَصْدِيقِهِ قال وَإِنْ كان الْوَلَدُ من أَمَةٍ وَلَدَتْهُ في مِلْكِهِمَا فَالْجَوَابُ كَالْأَوَّلِ في النَّسَبِ أن على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لَا يَثْبُتُ من الْمُقِرِّ بَعْدَ اعْتِرَافِهِ لِشَرِيكِهِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا يَثْبُتُ قال وَالْأَمَةُ أُمُّ وَلَدٍ لِمَنْ ثَبَتَ النَّسَبُ منه لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ يَتْبَعُ النَّسَبَ

وَمِنْ هذا النَّوْعِ ما إذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ في مِلْكِهِمَا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا وَادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّ الْوَلَدَ ابْنُهُ وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّ الْجَارِيَةَ بِنْتُهُ وَخَرَجَتْ الدَّعْوَتَانِ مَعًا فَالدَّعْوَةُ دَعْوَةُ من يَدَّعِي الْوَلَدَ وَدَعْوَةُ مُدَّعِي الْأُمِّ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ مدعى الْوَلَدِ دَعْوَتُهُ دَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ وَالِاسْتِيلَادُ يَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَمُدَّعِيَ الْأُمِّ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَالتَّحْرِيرُ يَثْبُتُ في الْحَالِ وَلَا يَسْتَنِدُ فَكَانَتْ دَعْوَةُ مُدَّعِي الْوَلَدِ سَابِقَةً فَثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ منه وَيَصِيرُ نَصِيبُهُ من الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له وَيَنْتَقِلُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ منها إلَيْهِ فَكَانَ دَعْوَى الشَّرِيكِ دَعْوَى فِيمَا لَا يَمْلِكُ فَلَا يُسْمَعْ وَهَلْ يَضْمَنُ مُدَّعِي الْوَلَدِ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْأُمِّ وَنِصْفِ عُقْرِهَا قال مُحَمَّدٌ يَضْمَنُ

وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ هذا قِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَهِيَ رِوَايَةُ بِشْرِ بن الْوَلِيدِ عن أبي يُوسُفَ وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ على مُدَّعِي الْوَلَدِ من قِيمَةِ الْأُمِّ وَلَا من الْعُقْرِ وَلَا شَيْءَ له أَيْضًا على مُدَّعِي الْأُمِّ فَإِنْ أَكْذَبَ مُدَّعِي الْأُمِّ نَفَسَهُ فَلَهُ نِصْفُ قِيمَةِ الْأُمِّ وَنِصْفُ عُقْرِهَا على مُدَّعِي الْوَلَدِ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ هذا الْقَوْلَ أَقْيَسُ

وَوَجْهُهُ أَنَّ مُدَّعِي الْأُمِّ أَقَرَّ أنها حُرَّةُ الْأَصْلِ فَكَانَ مُنْكِرًا ضَمَانَ الْقِيمَةِ فَلَا يَثْبُتُ له حَقُّ التَّضْمِينِ فَإِنْ رَجَعَ عن دَعْوَاهُ وَأَكْذَبَ نَفَسَهُ ثَبَتَ له حَقُّ الضَّمَانِ الذي اعْتَرَفَ بِهِ له شَرِيكُهُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ من الْمُدَّعِي فَقَدْ صَارَ نَصِيبُهُ من الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ فَكَذَا نَصِيبُ شَرِيكِهِ لِعَدَمِ تجزي (((تجزؤ))) الْجَارِيَةِ في حَقِّ الِاسْتِيلَادِ فِيمَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ فَصَارَ مُتْلِفًا نَصِيبَ شَرِيكِهِ عليه وَلَا يَجُوزُ تَمَلُّكُ مَالِ الْغَيْرِ إلَّا بِعِوَضٍ فَيَضْمَنَ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ الْأُمِّ وَيَضْمَنَ له نِصْفَ عُقْرِ الْجَارِيَةِ أَيْضًا لِأَنَّ الْوَطْءَ لَاقَاهَا وَنِصْفُهَا مَمْلُوكٌ لِلشَّرِيكِ فما صَادَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ يَجِبُ بِهِ الْعُقْرُ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أَنَّ مُدَّعِيَ الْأُمِّ أَقَرَّ أنها حُرَّةُ الْأَصْلِ فَالْجَوَابُ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَمَّا قَضَى بِكَوْنِهَا أُمَّ وَلَدٍ لِلْمُدَّعِي فَقَدْ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ كما لو ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَى الدَّارَ بِأَلْفٍ وَادَّعَى الْبَائِعُ الْبَيْعَ بِأَلْفَيْنِ وَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ وَقَضَى الْقَاضِي بِأَلْفَيْنِ على المدعي عليه أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِالْأَلْفَيْنِ من الْمُشْتَرِي وَإِنْ سَبَقَ من الْمُشْتَرِي الْإِقْرَارُ بِالشِّرَاءِ بِأَلْفٍ لِمَا أَنَّهُ كَذَّبَهُ شَرْعًا كَذَا هذا وَالثَّانِي إن إقْرَارَهُ بِحُرِّيَّتِهَا وُجِدَ بعدما حَكَمَ بِزَوَالِهَا عن مِلْكِهِ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ زَائِلَةً عنه من وَقْتِ الْعُلُوقِ فلم يَصِحَّ إقْرَارُهُ فلم يَصِرْ إقْرَارُهُ إبْرَاءَ إيَّاهُ عن الضَّمَانِ كما في مَسْأَلَةِ الشَّفِيعِ

وَمِنْ مَسَائِلِ دَعْوَى الْوَلَدِ إذَا كَاتَبَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ليس له نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى ثَبَتَ نَسَبُهُ منه صَدَّقَتْهُ أَمْ كَذَّبَتْهُ وَسَوَاءٌ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ

لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أو لِأَكْثَرَ أو لِأَقَلَّ فإن نَسَبَ الْوَلَدِ يَثْبُتُ على كل حَالٍ إذَا ادَّعَاهُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ بَاقِيَةٌ على مِلْكِ الْمَوْلَى فَكَانَ وَلَدُهَا مَمْلُوكًا له وَدَعْوَةُ الْمَوْلَى وَلَدَ أَمَتِهِ لَا تَقِفُ صِحَّتُهَا على التَّصْدِيقِ وَعِتْقِ الْوَلَدِ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَبَتَ من الْمَوْلَى وَلَا ضَمَانَ عليه فيه لِأَنَّ غَرَضَ الْمُكَاتَبَةِ من الْكِتَابَةِ عِتْقُهَا وَعِتْقُ أَوْلَادِهَا وقد حَصَلَ لها هذا الْغَرَضُ فَلَا يَضْمَنُ لها شيئا ثُمَّ إنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَطْءَ حَصَلَ في حَالِ الْكِتَابَةِ

وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ كَاتَبَهَا فَلَا عُقْرَ عليه لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ وَطِئَهَا قبل الْكِتَابَةِ وَالْمُكَاتَبَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ مَضَتْ على كِتَابَتِهَا وَإِنْ شَاءَتْ عَجَزَتْ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَوَجَّهَتْ إلَيْهَا من جِهَتَيْنِ وَلَهَا في كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا غَرَضٌ صَحِيحٌ لِأَنَّ بِالْكِتَابَةِ تَتَعَجَّلُ لها الْحُرِّيَّةُ وَبِالِاسْتِيلَادِ تَسْقُطُ عنها السِّعَايَةُ فَكَانَ التَّخْيِيرُ مُفِيدًا فَكَانَ لها أَنْ تَخْتَارَ أَيَّهُمَا شَاءَتْ

وَإِنْ ادَّعَى الْمَوْلَى وَلَدَ جَارِيَةِ الْمُكَاتِبِ له وقد عَلِقَتْ بِهِ في مِلْكِ الْمُكَاتِبِ فَإِنه يَرْجِعُ إلَى تَصْدِيقِ الْمُكَاتِبِ فَإِنْ كَذَّبَ الْمَوْلَى لم يَثْبُتْ نَسَبُ

الْوَلَدِ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَكَانَتْ الْجَارِيَةُ وَوَلَدُهَا مَمْلُوكَيْنِ وَإِنْ صَدَّقَهُ كان الْوَلَدُ ابْنَ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يوم وُلِدَ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الزِّيَادَاتِ ولم يَحْكِ خِلَافًا وَكَذَا ذَكَرَ في الدَّعَاوَى إلَّا أَنَّهُ قال استحسن ذلك إذَا كان الْحَبَلُ في مِلْكِ الْمُكَاتِبِ وَهَذَا يُشِيرُ إلَى أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَعْتِقَ الْوَلَدُ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتِبُ وهو رِوَايَةٌ عن أبي يُوسُفَ وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَوْلَى يُصَدَّقُ بِغَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَكَاتِبِ وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ لَمَّا لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ بِغَيْرِ تَصْدِيقٍ فَكَذَا مع التَّصْدِيقِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ التَّحْرِيرَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ التَّصْدِيقَ بِالْحُرِّيَّةِ أَيْضًا

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَقَّ الرَّجُلِ في مَالِ مُكَاتَبِهِ أَقْوَى من حَقِّهِ في مَالِ وَلَدِهِ فلما ثَبَتَ النَّسَبُ في جَارِيَةِ الِابْنِ من غَيْرِ تَصْدِيقٍ فَهَهُنَا أَوْلَى

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ حَقَّ الْمُكَاتَبِ في كَسْبِهِ أَقْوَى من حَقِّ الْمَوْلَى بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ النَّزْعَ من يَدِهِ فَكَانَ الْمَوْلَى في حَقِّ مِلْكِ التَّصَرُّفِ في مَالِ الْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ فَتَقِفُ صِحَّةُ دَعْوَتِهِ على تَصْدِيقِ الْمُكَاتَبِ فَإِنْ صَدَّقَهُ كان الْوَلَدُ ابْنَ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يوم وُلِدَ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ وَلَدَ الْمَغْرُورِ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْأُمِّ من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ لِأَنَّ مِلْكَ الذَّاتِ في الْمُكَاتَبِ لِلْمَوْلَى وَمِلْكُ التَّصَرُّفَاتِ لِلْمُكَاتَبِ كَالْمَغْرُورِ أَنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ في الْأُمِّ ظَاهِرًا وَلِلْمُسْتَحِقِّ حَقِيقَةً وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ

قال مُحَمَّدٌ في الزِّيَادَاتِ إذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَمَةً حَامِلًا فَادَّعَى مَوْلَاهَا وَلَدَهَا أو اشْتَرَى عَبْدًا صَغِيرًا فَادَّعَاهُ لم يَجُزْ دَعْوَتُهُ إلَّا بِالتَّصْدِيقِ كما في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى إلَّا أَنَّ هُنَاكَ إذَا صَدَّقَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَعْتِقُ وَهَهُنَا إنْ صَدَّقَهُ الْمَكَاتِبُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَلَا يَعْتِقُ لِأَنَّ تِلْكَ الدَّعْوَةَ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ لِعَدَمِ الْعُلُوقِ في الْمِلْكِ فَكَانَتْ دَعْوَةَ تَحْرِيرٍ وَالْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ تَحْرِيرَهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَعْتَقَهُ لَا تَصِحُّ إلَّا أَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ ثُبُوتُ الْعِتْقِ أَلَا تَرَى أَنَّ من ادَّعَى وَلَدَ أَمَةٍ أَجْنَبِيٍّ فَصَدَّقَهُ مَوْلَاهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا يَعْتِقُ في الْحَالِ كَذَا هَهُنَا

فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الِاسْتِيلَادِ فَالِاسْتِيلَادُ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ كَالتَّدْبِيرِ
وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وهو متجزىء إلَّا أَنَّهُ قد يَتَكَامَلُ عِنْدَ وُجُودِ سَبَبِ التَّكَامُلِ
وَشَرْطِهِ وهو إمْكَانُ التَّكَامُلِ وَقِيلَ أنه لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ أَيْضًا لَكِنْ فِيمَا يَحْتَمِلُ
نَقْلَ الْمِلْكِ فيه وَأَمَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ فَهُوَ متجزىء عِنْدَهُ
وَبَيَانُ هذا ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ في الْأَمَةِ الْقِنَّةِ بين اثْنَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ
أَحَدُهُمَا أَنَّ كُلَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له وَإِنْ ادَّعَيَاهُ جميعا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا
جميعها (((جميعا))) ثُمَّ أُمُّ الْوَلَدِ الْخَالِصَةُ إذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى نِصْفَهَا عَتَقَ
كُلُّهَا بِالْإِجْمَاعِ
وَكَذَا إذَا كانت بين اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ جَمِيعُهَا بِلَا خِلَافٍ لَكِنْ
عِنْدَهُمَا لِعَدَمِ تجزي (((تجزؤ))) الْإِعْتَاقِ وَعِنْدَهُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ في بَقَاءِ
حُكْمِ الِاسْتِيلَادِ في الْبَاقِي لَا بِإِعْتَاقِهِ كما في الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ
على ما بَيَّنَّا في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَلَا ضَمَانَ على الشَّرِيكِ الْمُعْتِقِ وَلَا سِعَايَةَ عليها
في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَسَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ في مَوْضِعِهَا وَالْفَرْقُ بين الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ
الْوَلَدِ في هذا الْحُكْمِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ كانت مُدَبَّرَةً صَارَ نَصِيبُ الْمُدَّعِي أُمَّ وَلَدٍ له وَنُصِيبُ الْآخَرِ بَقِيَ مُدَبَّرًا على
حَالِهِ وَإِنْ كانت مُكَاتَبَةً بين اثْنَيْنِ صَارَ نَصِيبُ الْمُدَّعِي أُمَّ وَلَدٍ عِنْد أبي حَنِيفَةَ
وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ وَعِنْدَهُمَا يَصِيرُ الْكُلُّ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمُدَّعِي وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ في النِّصْفِ
وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ
فصل وَأَمَّا حُكْمُ الِاسْتِيلَادِ فَنَوْعَانِ أَيْضًا كَحُكْمِ التَّدْبِيرِ أَحَدُهُمَا يَتَعَلَّقُ بِحَالِ
حَيَاةِ الْمُسْتَوْلِدِ
وَالثَّانِي يَتَعَلَّقُ بِمَا بَعْدَ مَوْتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فما ذَكَرْنَا في التَّدْبِيرِ وهو ثُبُوتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال بِشْرُ بن غِيَاثٍ الْمَرِيسِيِّ وَدَاوُد بن عَلِيٍّ الْأَصْفَهَانِيُّ إمَامُ أَصْحَابِ الظَّاهِرِ
لَا حُكْمَ له في الْحَالِ وَعَلَى هذا تبتني جُمْلَةٌ من الْأَحْكَامِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ
عِنْدَ الْعَامَّةِ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ
وَاحْتَجَّا بِمَا روي عن جَابِرِ بن عبد اللَّهِ أَنَّهُ قال كنا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ على عَهْدِ
رسول اللَّهِ وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ له بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَحِلُّ له وَطْؤُهَا وَلَا يَحِلُّ الْوَطْءُ إلَّا في
الْمِلْكِ وَكَذَا تَصِحُّ إجَارَتُهَا وَكِتَابَتُهَا فَدَلَّ أنها مَمْلُوكَةٌ له فَيَجُوزُ بَيْعُهَا كَبَيْعِ الْقِنَّةِ
وَلَنَا ما روى عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أُمُّ الْوَلَدِ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَهِيَ حُرَّةٌ من
جَمِيعِ الْمَالِ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَرُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال
في أُمِّ إبْرَاهِيمَ عليه السَّلَامُ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا فَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ حَقِيقَةِ
الْحُرِّيَّةِ لِلْحَالِ أو الْحُرِّيَّةِ من كل وَجْهٍ إلَّا أَنَّهُ تَأَخَّرَ ذلك إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ
بِالْإِجْمَاعِ فَلَا أَقَلَّ من انْعِقَادِ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ أو الْحُرِّيَّةِ من وَجْهٍ وَكُلُّ ذلك عَدَمٌ

يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ
وروى أَنَّ سَعِيدَ بن الْمُسَيِّبِ سُئِلَ عن بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ
فقال إنَّ الناس يَقُولُونَ إنَّ أَوَّلَ من أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عُمَرُ بن الْخَطَّابِ
وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَوَّلُ من أَعْتَقَهُنَّ وَلَا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ وَلَا
يَسْتَسْعِينَ في دَيْنٍ

وَعَنْ سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَمْرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَأَنْ لَا يُبَعْنَ فِي الدَّيْنِ وَلَا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ وَكَذَا جَمِيعُ التَّابِعِينَ على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ فَكَانَ قَوْلُ بِشْرٍ وَأَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ بَاطِلًا وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال عليه إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ أَيْضًا لِمَا رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ سُئِلَ عن بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فقال كان رَأْيِي وَرَأْيِ عُمَرَ أَنْ لَا يُبَعْنَ ثُمَّ رأيت بَيْعَهُنَّ فقال له عُبَيْدَةُ السَّلْمَانِيُّ رَأْيُك مع الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إلَيَّ من رَأْيِك وَحْدَك وفي رِوَايَةٍ أُخْرَى عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه اجْتَمَعَ رَأْيِي وَرَأْيُ عُمَرَ في نَاسٍ من أَصْحَابِ رسول اللَّهِ على عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ثُمَّ رأيت بَعْدَ ذلك أَنْ يُبَعْنَ في الدَّيْنِ فقال عُبَيْدَةُ رَأْيُك وَرَأْيُ عُمَرَ في الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إلَيَّ من رَأْيِك في الْفُرْقَةِ فَقَوْلُ عُبَيْدَةَ في الْجَمَاعَةِ إشَارَةٌ إلَى سَبْقِ الْإِجْمَاعِ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ثُمَّ بَدَا لِعَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه فَيُحْمَلُ خِلَافُهُ على أَنَّهُ كان لَا يَرَى اسْتِقْرَارَ الْإِجْمَاعِ ما لم يَنْقَرِضْ الْعَصْرُ

وَمِنْهُمْ من قال كانت الْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةً بين الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَكَانَ عَلِيٌّ وَجَابِرٌ رضي اللَّهُ عنهما يَرَيَانِ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ لَكِنَّ التَّابِعِينَ أَجْمَعُوا على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَالْإِجْمَاعُ الْمُتَأَخِّرُ يَرْفَعُ الْخِلَافَ الْمُتَقَدِّمَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لِمَا عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وَلِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تَعْتِقُ عِنْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا سَبَبَ سِوَى الِاسْتِيلَادِ السَّابِقِ فَعُلِمَ أَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبًا لِلْحَالِ لِثُبُوتِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ لِمَا بَيَّنَّا في التَّدْبِيرِ

وَأَمَّا حَدِيثُ جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالْبَيْعِ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تُسَمَّى بَيْعًا في لُغَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَلِأَنَّهَا بَيْعٌ في الْحَقِيقَةِ لِكَوْنِهَا مُبَادَلَةَ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كان في ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حِينَمَا كان بَيْعُ الْحُرِّ مَشْرُوعًا ثُمَّ انْتَسَخَ بِانْتِسَاخِهِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أنها مَمْلُوكَةٌ لِلْمُسْتَوْلِدِ فَنَعَمْ لَكِنْ هذا لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ من غَيْرِ حُرِّيَّةٍ أَصْلًا وَرَأْسًا وَهَذَا الْقَدْرُ يَكْفِي لِلْمَنْعِ من جَوَازِ الْبَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ التَّدْبِيرِ وَسَوَاءٌ كان الْمُسْتَوْلِدُ مُسْلِمًا أو كَافِرًا مُرْتَدًّا أو ذِمِّيًّا أو مُسْتَأْمَنًا خَرَجَ إلَى دِيَارِنَا وَمَعَهُ أُمُّ وَلَدِهِ لَا يَجُوزُ له بَيْعُهَا لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِأَنَّ أُمِّيَّةَ الْوَلَدِ تَتْبَعُ ثَبَاتَ النَّسَبِ وَالْكُفْرُ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ النَّسَبِ وَلَمَّا دخل الْمُسْتَأْمَنُ من دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ فَقَدْ رضي بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وَمِنْ حُكْمِ الْإِسْلَامِ أَنْ لَا يَجُوزَ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَكَذَلِكَ كُلُّ تَصَرُّفٍ يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ الثَّابِتَةِ لها بالإستيلاد لَا يَجُوزُ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالرَّهْنِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ تُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِ الْعَيْنِ فَيُوجِبُ بُطْلَانَ هذا الْحَقِّ وما لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ هذا الْحَقِّ فَهُوَ جَائِزٌ كَالْإِجَارَةِ وَالِاسْتِخْدَامِ وَالِاسْتِسْعَاءِ وَالِاسْتِغْلَالِ وَالِاسْتِمْتَاعِ وَالْوَطْءِ لِأَنَّهَا تَصَرُّفٌ في الْمَنْفَعَةِ لَا في الْعَيْنِ وَالْمَنَافِعُ مَمْلُوكَةٌ له وَالْأُجْرَةُ وَالْكَسْبُ وَالْغَلَّةُ وَالْعُقْرُ وَالْمَهْرُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهَا بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنَافِعُ على مِلْكِهِ

وَكَذَا مِلْكُ الْعَيْنِ قَائِمٌ لِأَنَّ الْعَارِضَ وهو التَّدْبِيرُ لم يُؤَثِّرْ إلَّا في ثُبُوتِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ من غَيْرِ حُرِّيَّةٍ فَكَانَ مِلْكُ الْيَمِينِ قَائِمًا وَإِنَّمَا الْمَمْنُوعُ منه تَصَرُّفٌ يُبْطِلُ هذا الْحَقَّ وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ لَا تُبْطِلُهُ وَكَذَا الْأَرْشُ له بَدَلُ جُزْءٍ هو مِلْكُهُ وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِأَنَّ التَّزْوِيجَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُزَوِّجَهَا حتى يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ لِاحْتِمَالِ أنها حَمَلَتْ منه فَيَكُونُ النِّكَاحُ فَاسِدًا وَيَصِيرَ الزَّوْجُ بِالْوَطْءِ سَاقِيًا مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ فَكَانَ التَّزْوِيجُ تَعْرِيضًا لِلْفَسَادِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَحَرَّزَ من ذلك بِالِاسْتِبْرَاءِ لَكِنَّ هذا الِاسْتِبْرَاءَ ليس بِوَاجِبٍ بَلْ هو مُسْتَحَبٌّ كَاسْتِبْرَاءِ الْبَائِعِ وَلَوْ زَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ من الْمَوْلَى وَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ زَوَّجَهَا وفي بَطْنِهَا وَلَدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ منه وَإِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ وَلَدُ الزَّوْجِ لِأَنَّ الزَّوْجَ له فِرَاشٌ وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ على لِسَانِ رسول

اللَّهِ وَلَا فِرَاشَ لِلْمَوْلَى لِزَوَالِ فِرَاشِهِ بِالنِّكَاحِ
فَإِنْ ادَّعَاهُ الْمَوْلَى وقال هذا ابْنِي لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه لِسَبْقِ ثُبُوتِهِ من غَيْرِهِ وهو الزَّوْجُ فَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ فَلَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ لَكِنَّهُ يَعْتِقُ عليه لِأَنَّهُ في مِلْكِهِ وقد أَقَرَّ بِحُرِّيَّتِهِ فَيَعْتِقُ عليه وَإِنْ لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ منه كما إذَا قال لِعَبْدِهِ هذا ابْنِي وهو مَعْرُوفُ النَّسَبِ من الْغَيْرِ وَنَسَبُ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ يَثْبُتُ من الْمَوْلَى من غَيْرِ دَعْوَةٍ عِنْدَ عَدَمِ الْحُرِّيَّةِ إلَّا إذَا حُرِّمَتْ عليه حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ

(4/130)

الْحُرْمَةِ أو زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ التَّزْوِيجِ فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إلَّا بِالدَّعْوَةِ وَإِنَّمَا قُلْنَا أنه يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا من الْمَوْلَى من غَيْرِ دَعْوَةٍ عِنْدَ عَدَمِ الْحُرْمَةِ الْمُؤَبَّدَةِ وَالنِّكَاحِ لِأَنَّهَا صَارَتْ فِرَاشًا بِثُبُوتِ نَسَبِ وَلَدِهَا وَالْوَلَدُ الْمَوْلُودُ على الْفِرَاشِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من غَيْرِ دَعْوَةٍ
قال النبي الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ الْقِنَّةِ أو الْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا وَإِنْ حَصَّنَهَا الْمَوْلَى وَطَلَب وَلَدَهَا بِدُونِ الدَّعْوَةِ عِنْدَنَا فَلَا تَصِيرُ فِرَاشًا بِدُونِ الدَّعْوَةِ ثُمَّ إنَّمَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ بِدُونِ الدَّعْوَةِ دُونَ وَلَدِ الْقِنَّةِ وَالْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ من الْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَا يَتَحَرَّزُ عن الْإِعْلَاقِ إذْ التَّحَرُّزُ لِخَوْفِ فَوَاتِ مَالِيَّتِهَا وقد حَصَلَ ذلك منه فَالظَّاهِرُ أَنْ لَا يَعْزِلَ عنها بَلْ يُعَلِّقُهَا فَكَانَ الْوَلَدُ منه من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الدَّعْوَةِ بِخِلَافِ الْقِنَّةِ وَالْمُدَبَّرَةُ فإن هُنَاكَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُعَلِّقُهَا بَلْ يَعْزِلُ عنها تَحَرُّزًا عن إتْلَافِ الْمَالِيَّةِ فلم (((فلا))) يُعْلَمُ أَنَّهُ منه إلَّا بِالدَّعْوَةِ فَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ إلَّا بِالدَّعْوَةِ فَهُوَ الْفَرْقُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَإِنْ صَارَتْ أُمُّ الْوَلَدِ مُحَرَّمَةً على الْمَوْلَى على التَّأْبِيدِ بِأَنْ وَطِئَهَا ابن الْمَوْلَى أو أَبُوهُ أو وطىء الْمَوْلَى أُمَّهَا أو بِنْتَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لم يَثْبُتْ نَسَبُ الْوَلَدِ الذي أَتَتْ بِهِ بَعْدَ التَّحْرِيمِ من غَيْرِ دَعْوَةٍ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ما وَطِئَهَا بَعْدَ الْحُرْمَةِ فكان (((فكانت))) حُرْمَةُ الْوَطْءِ كَالنَّفْيِ دَلَالَةً وَإِنْ ادَّعَى يَثْبُتْ النَّسَبُ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ لَا تُزِيلُ الْمِلْكَ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الْكَرْخِيِّ أَصْلًا فقال إذَا حُرِّمَتْ أُمُّ الْوَلَدِ بِمَا يَقْطَعُ نِكَاحَ الْحُرَّةِ وَيُزِيلُ فِرَاشَهَا مِثْلَ الْمَسَائِلِ التي ذَكَرْنَا لَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا من مَوْلَاهَا إلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ لِأَنَّ فِرَاشَ الزَّوْجَةِ أَقْوَى من فِرَاشِ أُمِّ الْوَلَدِ وَهَذِهِ الْمَعَانِي تَقْطَعُ فِرَاشَ الزَّوْجَةِ فَلَأَنْ تَقْطَعَ فِرَاشَ أُمِّ الْوَلَدِ أَوْلَى
وَكَذَلِكَ إذَا زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّهَا صَارَتْ فِرَاشًا لِلزَّوْجِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ تَصِيرَ فِرَاشًا لِغَيْرِهِ إلَّا أَنَّهُ إذَا ادَّعَى يَعْتِقُ عليه كما إذَا قال لِعَبْدِهِ وهو مَعْرُوفُ النَّسَبِ من الْغَيْرِ هذا ابْنِي وَإِنْ حُرِّمَتْ عليه بِمَا لَا يَقْطَعُ نِكَاحَ الْحُرَّةِ لا يُزِيلُ فِرَاشَهَا مِثْلَ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ وَالْإِحْرَامِ وَالصَّوْمِ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا منه لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ عَارِضٌ لَا يُغَيِّرُ حُكْمَ الْفِرَاشِ وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْفِيَ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ من غَيْرِ لِعَانٍ
أَمَّا النَّفْيُ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْعَزْلَ عنها بِغَيْرِ رِضَاهَا فإذا أَخْبَرَ عن ذلك فَقَدْ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ فَكَانَ مُصَدَّقًا
وَأَمَّا النَّفْيُ من غَيْرِ لِعَانٍ فَلِأَنَّ فِرَاشَ أُمِّ الْوَلَدِ أَضْعَفُ من فِرَاشِ الْحُرَّةِ وَهَذَا

أَصْلٌ يُذْكَرُ في كِتَابِ الدَّعْوَى أَنَّ الْفُرُشَ ثَلَاثَةٌ قَوِيٌّ وَضَعِيفٌ وَوَسَطٌ فَالْقَوِيُّ هو فِرَاشُ النِّكَاحِ حتى يَثْبُتَ النَّسَبُ فيه من غَيْرِ دَعْوَةٍ وَلَا يَنْتَفِي إلَّا بِاللِّعَانِ وَالضَّعِيفُ فِرَاشُ الْأَمَةِ حتى لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ فيه من غَيْرِ دَعْوَةٍ وَالْوَسَطُ فِرَاشُ أُمِّ الْوَلَدِ حتى يَثْبُتَ النَّسَبُ فيه من غَيْرِ دَعْوَةٍ وَيَنْتَفِي من غَيْرِ لِعَانٍ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الِانْتِقَالَ بِالتَّزْوِيجِ فَيَحْتَمِلُ الِانْتِفَاءَ بِالنَّفْيِ بِخِلَافِ فِرَاشِ الزَّوْجِ ثُمَّ إنَّمَا يَنْتَفِي بِالنَّفْيِ إذَا لم يَقْضِ بِهِ الْقَاضِي أو لم تَتَطَاوَلْ الْمُدَّةُ فَأَمَّا إذَا قَضَى الْقَاضِي بِهِ أو تَطَاوَلَتْ الْمُدَّةُ فَلَا يَنْتَفِي لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَلَا يَحْتَمِلُ النَّفْيَ بَعْدَ ذلك وَكَذَا تَطَاوُلُ الْمُدَّةِ من غَيْرِ ظُهُورِ النَّفْيِ إقْرَارٌ منه دَلَالَةً وَالنَّسَبُ الْمُقَرُّ بِهِ لَا يَنْتَفِي بِالنَّفْيِ ولم يُقَدِّرْ أبو حَنِيفَةَ لِتَطَاوُلِ الْمُدَّةِ تَقْدِيرًا وأبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ قَدَّرَاهُ بِمُدَّةِ النِّفَاسِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا وقد ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ اللِّعَانِ وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ من غَيْرِ مَوْلَاهَا بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ بِأَنْ زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا من وَقْتِ التَّزْوِيجِ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ وقد ثَبَتَ حَقُّ الْحُرِّيَّةِ في الْأُمِّ فَيَسْرِي إلَى الْوَلَدِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأُمِّ في جَمِيعِ الْأَحْكَامِ

هذا إذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً في مِلْكِهِ فَإِنْ كان اسْتَوْلَدَهَا في مِلْكِ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ حتى يَثْبُتَ نَسَبُ وَلَدِهَا منه ثُمَّ مَلَكَهَا وَلَهَا وَلَدٌ من زَوْجٍ آخَرَ بِأَنْ اسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ فَارَقَهَا فَزَوَّجَهَا الْمَوْلَى من آخَرَ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ثُمَّ مَلَكَهَا يَوْمًا من الدَّهْرِ وَوَلَدَهَا صَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدِهِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَلَا يَصِيرُ وَلَدُهَا وَلَدَ أُمِّ وَلَدٍ حتى يَجُوزَ بَيْعُهُ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ إذَا مَلَكَ من وَلَدَتْهُ بَعْدَ ثُبُوتِ نَسَبِ وَلَدِهَا منه فَهُوَ وَلَدُ أُمِّ وَلَدِهِ يَثْبُتُ فيه حُكْمُ الْأُمِّ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الإستيلاد وَإِنْ كان في مِلْكِ الْغَيْرِ لَكِنَّهُ لَمَّا مَلَكَهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَإِنَّمَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ بِالْعُلُوقِ السَّابِقِ وَالْوَلَدُ حَدَثَ بَعْدَ ذلك فَيَحْدُثُ على وَصْفِ الْأُمِّ فإذا مَلَكَهُ يَثْبُتُ فيه الْحُكْمُ الذي يَثْبُتُ في الْأُمِّ وَلَنَا أَنَّ الإستيلاد في الْأُمِّ وهو أُمِّيَّةُ الْوَلَدِ شَرْعًا إنَّمَا تَثْبُتُ وَقْتَ مِلْكِ الْأُمِّ وَالْوَلَدُ مُنْفَصِلٌ في ذلك الْوَقْتِ وَالسِّرَايَةُ لَا تَثْبُتُ في الْوَلَدِ الْمُنْفَصِلِ وَيَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِكَسْبِهَا لَا بِرَقَبَتِهَا لِأَنَّهَا لَا تَقْبَلُ الْبَيْعَ لِمَا ذَكَرْنَا وَتَسْعَى

في دُيُونِهَا بَالِغَةً ما بَلَغَتْ لِأَنَّ الدَّيْنَ عليها لَا في رَقَبَتِهَا وَأَرْشُ جِنَايَتِهَا على الْمَوْلَى وهو الْأَقَلُّ من قِيمَتِهَا وَمِنْ الْأَرْشِ وَلَيْسَ على الْمَوْلَى إلَّا قَدْرُ قِيمَتِهَا وَإِنْ كَثُرَتْ الْجِنَايَاتُ كَالْمُدَبَّرِ وَيَجُوزُ إعْتَاقُهَا لِمَا فيه من اسْتِعْجَالِ مَقْصُودِهَا وهو الْحُرِّيَّةُ

وَلَوْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى نِصْفَهَا يَعْتِقُ كُلُّهَا وَكَذَا إذَا كانت مُشْتَرَكَةً بين اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ جَمِيعُهَا لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا ضَمَانَ على الْمُعْتِقِ وَلَا سِعَايَةَ عليها عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إنْ كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا ضَمِنَ لِشَرِيكِهِ وَإِنْ كان مُعْسِرًا سَعَتْ في نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلشَّرِيكِ الذي لم يُعْتِقْ وَلَوْ مَاتَ عن أُمِّ وَلَدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَتَقَ جَمِيعُهَا وَلَا ضَمَانَ عليه بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ له في الْمَوْتِ وَيَقَعُ الِاخْتِلَافُ في السِّعَايَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا سِعَايَةَ عليها وَعِنْدَهُمَا عليها السِّعَايَةُ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْغَصْبُ وَالْقَبْضُ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أنها لَا تُضْمَنُ في قَوْلِ

أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُضْمَنُ وَلَا خِلَافَ في الْمُدَبَّرَةِ أنها تُضْمَنُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ هل هِيَ مُتَقَوِّمَةٌ من حَيْثُ أنها مَالٌ أَمْ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ
عِنْدَهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ من هذه الْجِهَةِ وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ
وَأَجْمَعُوا على أنها مُتَقَوِّمَةٌ من حَيْثُ أنها نَفْسٌ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْمُدَبَّرَ مُتَقَوِّمٌ
من حَيْثُ أنه مَالٌ وَرُبَّمَا تُلَقَّبُ الْمَسْأَلَةُ بِأَنَّ رِقَّ أُمِّ الْوَلَدِ هل له قِيمَةٌ أَمْ لَا
ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْإِمْلَاءِ أنها تُضْمَنُ في الْغَصْبِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كما يُضْمَنُ
الصَّبِيُّ الْحُرُّ إذَا غُصِبَ يَعْنِي إذَا مَاتَ عن سَبَبٍ حَادِثٍ بِأَنْ عَقَرَهُ سَبُعٌ أو
نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ أو نَحْوُ ذلك
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى وَلَا شَكَّ وَلِهَذَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا
وَإِجَارَتُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَكِتَابَتُهَا وَمِلْكُهُ فيها مَعْصُومٌ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ له لم يُوجِبْ
زَوَالَ الْعِصْمَةِ فَكَانَتْ مَضْمُونَةً بِالْغَصْبِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْقَبْضِ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ
كَالْمُدَبَّرِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ رِقَّهَا مُتَقَوِّمٌ أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَتْ تَخْرُجُ إلَى
الْعَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ فَلَوْلَا أَنَّ مَالِيَّتَهَا مُتَقَوِّمَةٌ لَعَتَقَتْ مَجَّانًا ولم يَكُنْ لِلْمَوْلَى أَخْذُ
السِّعَايَةِ بَدَلًا عن مَالِيَّتِهَا وَكَذَا يَجُوزُ لِلْمَوْلَى أَنْ يُكَاتِبَهَا وَالِاعْتِيَاضُ إنَّمَا يَجُوزُ
عن مَالٍ مُتَقَوِّمٍ وَالدَّلِيلُ عليه أنها تُضْمَنُ بِالْقَتْلِ بِالْإِجْمَاعِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُ النبي لِمَارِيَةَ لَمَّا وَلَدَتْ إبْرَاهِيمَ عليه السَّلَامُ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا
فَظَاهِرُ الحديث يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْعِتْقِ في الْحَالِ في حَقِّ جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إلَّا أَنَّهُ
خَصَّ منه الِاسْتِمْتَاعَ وَالِاسْتِخْدَامَ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا إجْمَاعَ في التَّقْوِيمِ فَكَانَتْ حُرَّةً
في حَقِّ التَّقْوِيمِ بِظَاهِرِ الحديث وَكَذَا سَبَبُ الْعِتْقِ لِلْحَالِ مَوْجُودٌ وهو ثُبُوتُ
نَسَبِ الْوَلَدِ لِأَنَّ ذلك يُوجِبُ الِاتِّحَادَ بين الواطىء وَالْمَوْطُوءَةِ وَيَجْعَلُهُمَا نَفْسًا
وَاحِدَةً فَقَضِيَّتُهُ ثُبُوتُ الْعِتْقِ لِلْحَالِ في جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إلَّا أَنَّهُ لم يَظْهَرْ في
سَائِرِ الْأَحْكَامِ بِالْإِجْمَاعِ فَيَظْهَرُ في حَقِّ سُقُوطِ التَّقَوُّمِ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّ
هُنَاكَ السَّبَبُ وهو التَّدْبِيرُ أُضِيفَ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إثْبَاتُ الْعِتْقِ
عن دُبُرٍ إلَّا أَنَّهُ جُعِلَ سَبَبًا لِلْحَالِ لِضَرُورَةٍ ذَكَرْنَاهَا في بَيْعِ الْمُدَبَّرِ وَالثَّابِتُ
بِالضَّرُورَةِ يَتَقَيَّدُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَالضَّرُورَةُ في حُرْمَةِ الْبَيْعِ لَا في سُقُوطِ
التَّقَوُّمِ وَهَهُنَا الْأَمْرُ على الْقَلْبِ من ذلك لِأَنَّ السَّبَبَ يَقْتَضِي الْحُكْمَ لِلْحَالِ
والتأخر (((والتأخير))) على خِلَافِ الْأَصْلِ وَالدَّلِيلُ على أنها غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ
من حَيْثُ أنها مَالٌ لِأَنَّهَا لَا تَسْعَى لِغَرِيمٍ وَلَا لِوَارِثٍ وَلَوْ كانت مُتَقَوِّمَةً من حَيْثُ
إنَّهَا مَالٌ لَثَبَتَ لِلْغَرِيمِ حَقٌّ فيها وَلِلْوَارِثِ في ثلثيها (((ثلثها))) فَيَجِبُ أَنْ
يَسْعَى في ذلك كَالْمُدَبَّرِ وَالسِّعَايَةُ مَبْنِيَّةٌ على هذا الْأَصْلِ لِأَنَّ اسْتِسْعَاءَ الْعَبْدِ
يَكُونُ بِقِيمَتِهِ وَلَا قِيمَةَ لِأُمِّ الْوَلَدِ فَلَا سِعَايَةَ عليها وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى
فيها قَائِمٌ بَعْدَ الإستيلاد وَالْعِصْمَةُ قَائِمَةٌ فَمُسَلَّمٌ لَكِنَّ قِيَامَ الْمِلْكِ وَالْعِصْمَةِ لَا
يَقْتَضِي التَّقَوُّمَ كَمِلْكِ الْقِصَاصِ وَمِلْكِ النِّكَاحِ وَمِلْكِ الْخَمْرِ وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَأَمَّا أُمُّ
وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَتْ فَالْجَوَابُ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أنها مُتَقَوِّمَةٌ في
زَعْمِهِمْ وَاعْتِقَادِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِتَرْكِهِمْ وما يَدِينُونَ فإذا دَانُوا تَقْوِيمَهَا يُتْرَكُونَ
وَذَلِكَ وَلِذَلِكَ جُعِلَتْ خُمُورُهُمْ مُتَقَوِّمَةً كَذَا هذا
وَالثَّانِي أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَتْ تُجْعَلُ مُكَاتَبَةً لِلضَّرُورَةِ إذْ لَا يُمْكِنُ
الْقَوْلُ بِعِتْقِهَا لِأَنَّ مِلْكَ الذِّمِّيِّ مِلْكٌ مُحْتَرَمٌ فَلَا يَجُوزُ إبْطَالُهُ عليه وَلَا سَبِيلَ إلَى
إبْقَائِهَا على مِلْكِهِ يَسْتَمْتِعُ بها وَيَسْتَخْدِمُهَا لِمَا فيه من الِاسْتِذْلَالِ بِالْمُسْلِمَةِ وَلَا
وَجْهَ إلَى دَفْعِ الْمَذَلَّةِ عنهما (((عنها))) بِالْبَيْعِ من الْمُسْلِمِ لِخُرُوجِهَا
بِالِاسْتِيلَادِ عن مَحَلِّيَّةِ الْبَيْعِ فَتُجْعَلَ مُكَاتَبَةً وَضَمَانُ الْكِتَابَةِ ضَمَانُ شَرْطٍ وَلِأَنَّهُ لَا
يُوقَفُ على كَوْنِ ما يُقَابِلُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا كما في النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ ثُمَّ إذَا سَعَتْ
تَسْعَى وَهِيَ رَقِيقَةٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ تَسْعَى وَهِيَ حُرَّةٌ

وَجْهُ قَوْلِهِ أن الِاسْتِسْعَاءَ اسْتِذْلَالٌ بها وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَلَنَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ في الْحُكْمِ بِعِتْقِهَا إبْطَالُ مِلْكِ الذِّمِّيِّ عليه وَتَتَعَلَّقُ دُيُونُهُ بِذِمَّةِ الْمُفْلِسِ ومكله (((وملكه))) مَعْصُومٌ

(4/132)

وَالِاسْتِذْلَالُ في الِاسْتِمْتَاعِ وَالِاسْتِخْدَامِ لَا في نَفْسِ الْمِلْكِ أَلَا تَرَى أَنَّ أَمَةَ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَتْ فَكَاتَبَهَا الْمَوْلَى لَا تُجْبَرُ على الْبَيْعِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن الْكِتَابَةِ وَإِنَّمَا ضُمِنَتْ بِالْقَتْلِ لِأَنَّ ضَمَانَ الْقَتْلِ ضَمَانُ الدَّمِ وَالنَّفْسِ وَإِنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ من هذه الْجِهَةِ وما ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْإِمْلَاءِ عن أبي حَنِيفَةَ فَذَلِكَ ضَمَانُ الْقَتْلِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَحْفَظْهَا حتى هَلَكَتْ بِسَبَبٍ حَادِثٍ فَقَدْ تَسَبَّبَ لِقَتْلِهَا وَتَجُوزُ كِتَابَتُهَا كما يَجُوزُ إعْتَاقُهَا لِمَا فيه من تَعْجِيلِ الْعِتْقِ إلَيْهَا وَلَا تُشْكِلُ الْكِتَابَةُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أنها مُعَاوَضَةٌ وَرِقُّ أُمِّ الْوَلَدِ لَا قِيمَةَ له فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْمَوْلَى عليه عِوَضًا لِأَنَّ صِحَّةَ الْمُعَاوَضَةِ لَا تَقِفُ على كَوْنِ الْمُعَوَّضِ مَالًا أَصْلًا فَضْلًا عن كَوْنِهِ مُتَقَوِّمًا كما في النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ
فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قبل أَنْ تُؤَدِّيَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ عَتَقَتْ وَلَا شَيْءَ عليها أَمَّا الْعِتْقُ فَلِأَنَّهَا كانت أُمَّ وَلَدٍ وقد مَاتَ مَوْلَاهَا وَأَمَّا الْعِتْقُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ قد بَطَلَتْ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَوَجَّهَتْ إلَيْهَا من وَجْهَيْنِ الِاسْتِيلَادُ وَالْكِتَابَةُ فإذا ثَبَتَ الْعِتْقُ بِأَحَدِهِمَا بَطَلَ حُكْمُ الْآخَرِ وَكَذَا يَجُوزُ إعْتَاقُهَا على مَالٍ وَبَيْعُهَا نَفْسَهَا حتى إذَا قَبِلَتْ عَتَقَتْ وَالْمَالُ دَيْنٌ عليها لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ على مَالٍ من بَابِ تَعْجِيلِ الْحُرِّيَّةِ وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِمَا بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَمِنْهَا عِتْقُهَا لِأَنَّ عِتْقَهَا كان مُعَلَّقًا شَرْعًا بِمَوْتِ الْمَوْلَى لِمَا روي عِكْرِمَةُ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال قال رسول اللَّهِ أَيُّمَا رَجُلٍ وَلَدَتْ أَمَتُهُ منه فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عن دُبُرٍ منه
وقد رَوَيْنَا عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قال حين وَلَدَتْ أُمُّ إبْرَاهِيمَ عليه السَّلَامُ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا
وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ حَقِيقَةُ الْعِتْقِ في حَالِ الْحَيَاةِ فَلَوْ لم يَثْبُتْ بَعْدَ الْمَوْتِ لَتَعَطَّلَ الْحَدِيثُ وَلِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْعِتْقِ قد وُجِدَ وهو ثُبُوتُ نَسَبِ الْوَلَدِ ولم يَعْمَلْ في حَالِ الْحَيَاةِ فَلَوْ لم يَعْمَلْ بَعْدَ الْمَوْتِ لَبَطَلَ السَّبَبُ وَيَسْتَوِي فيه الْمَوْتُ الْحَقِيقِيُّ وَالْحُكْمِيُّ بِالرِّدَّةِ وَاللُّحُوقِ بِدَارِ الْحَرْبِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ التَّدْبِيرِ
وَكَذَا الْحَرْبِيُّ وَالْمُسْتَأْمَنُ إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً في دَارِ الْإِسْلَامِ وَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ يَرْجِعُ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فاشترى (((فاسترق))) الْحَرْبِيُّ عَتَقَتْ الْجَارِيَةُ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمُدَبَّرِ وَكَذَا يَعْتِقُ وَلَدُهَا الذي ليس من مَوْلَاهَا إذا سَرَتْ أمية (((أمومية))) الْوَلَدِ إلَيْهَا على ما بَيَّنَّا لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ

وَمِنْهَا أنها تَعْتِقُ من جَمِيعِ الْمَالِ وَلَا تَسْعَى لِلْوَارِثِ وَلَا لِلْغَرِيمِ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرَةِ لِمَا رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أُمُّ الْوَلَدِ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَهِيَ حُرَّةٌ من جَمِيعِ الْمَالِ وَهَذَا نَصٌّ
وَرَوَيْنَا عن سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قال أَمَرَ رسول اللَّهِ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ من غَيْرِ الثُّلُثِ وَلَا يُبَعْنَ في دَيْنٍ وَلَا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ وفي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ وَلَا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ وَلَا يُسْتَسْعَيْنَ في دَيْنٍ وفي بَعْضِهَا أَمَرَ رسول اللَّه بِعِتْقِ

أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ من غَيْرِ الثُّلُثِ وَلَا يُبَعْنَ في دَيْنٍ وَلِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ حُرِّيَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ هو ثُبُوتُ نَسَبِ الْوَلَدِ وَالنَّسَبُ لَا تجامعها (((تجامعه))) السِّعَايَةُ كَذَا حُرِّيَّةُ الإستيلادِ وَمِنْهَا أَنَّ وَلَاءَهَا لِلْمَوْلَى لِأَنَّ الاعتاق منها لِمَا بَيَّنَّا
فصل وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ الإستيلاد فَظُهُورُهُ بِإِقْرَارِ الْمَوْلَى ثُمَّ إنْ أَقَرَّ بِهِ في حَالِ الصِّحَّةِ أَنَّ هذه الْجَارِيَةَ قد وَلَدَتْ منه فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ سَوَاءٌ كان مَعَهَا وَلَدٌ أو لم يَكُنْ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ في حَالِ الصِّحَّةِ لَا تُهْمَةَ فيه فَيَصِحُّ سَوَاءٌ كان مَعَهَا وَلَدٌ أو لم يَكُنْ وَلِهَذَا لو أَعْتَقَهَا في الصِّحَّةِ يُعْتَبَرُ من جَمِيعِ الْمَالِ
وَإِنْ كان الْإِقْرَارُ بِهِ في مَرَضِ مَوْتِهِ فَإِنْ كان مَعَهَا وَلَدٌ صَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ أَيْضًا وَتَعْتِقُ من جَمِيعِ الْمَالِ إذَا مَاتَ الْمَوْلَى لِأَنَّ كَوْنَ الْوَلَدِ مَعَهَا دَلِيلُ الإستيلاد فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ وَلِأَنَّ التَّسَبُّبَ من الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ وَتَصَرُّفُ الْمَرِيضِ في مَرَضِ الْمَوْتِ فِيمَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ حَاجَةً أَصْلِيَّةً نَافِذٌ كَشِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَنَحْوِ ذلك وَإِنْ لم يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ عَتَقَتْ من الثُّلُثِ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ في إقْرَارِهِ في حَقِّ سَائِرِ الْوَرَثَةِ ولم يُوجَدْ ما يَنْفِي التُّهْمَةَ وهو الْوَلَدُ وَكَذَا إذَا لم يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ لَا تَحْتَاجُ إلَى التَّسَبُّبِ فَيَصِيرَ قَوْلُهُ هذه أُمُّ وَلَدِي كَقَوْلِهِ هذه حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِي فَتَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ من الثُّلُثِ
كِتَابُ الْمُكَاتَبِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ جَوَازِ الْمُكَاتَبَةِ وفي بَيَانِ رُكْنِ الْمُكَاتَبَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ

الرُّكْنِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُهُ الْمُكَاتَبُ من التَّصَرُّفَاتِ وما لَا يَمْلِكُهُ وفي بَيَانِ ما يمكله (((يملكه))) الْمَوْلَى من التَّصَرُّفِ في الْمُكَاتَبِ وما لَا يَمْلِكُهُ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْمُكَاتَبَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمُكَاتَبَةِ وفي بَيَانِ ما تَنْفَسِخُ بِهِ الْمُكَاتَبَةُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْمُكَاتَبَةُ لِمَا فيها من إيجَابِ الدَّيْنِ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ وَلَيْسَ يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وفي استحسان (((الاستحسان))) جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ
أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ عز وجل { فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } وَأَدْنَى دَرَجَاتِ الْأَمْرِ النَّدْبُ فَكَانَتْ الْكِتَابَةُ مَنْدُوبًا إلَيْهَا فَضْلًا عن الْجَوَازِ وَقَوْلُهُ عز وجل { إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } أَيْ رَغْبَةً في إقَامَةِ الْفَرَائِضِ وَقِيلَ وَفَاءً لِأَمَانَةِ الْكِتَابَةِ وَقِيلَ حِرْفَةً
وَرُوِيَ هذا عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال في قَوْلِهِ عز وجل { خَيْرًا } أَيْ حِرْفَةً وَلَا تُرْسِلُوهُمْ كِلَابًا على الناس
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رَوَى محمد بن الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ على مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا كُلَّهَا إلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ فَهُوَ رَقِيقٌ وقال صلى اللَّهُ عليه وسلم الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ
وَرُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها كَاتَبَتْ بَرِيرَةَ بِحَضْرَةِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم ولم يُنْكِرْ عليها وَعَلَيْهِ إجْمَاعُ الْأُمَّةِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ قَوْلَ دَاوُد على الْأَصْفَهَانِيِّ إنَّ الْكِتَابَةَ وَاجِبَةٌ قَوْلٌ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ وأن تَعَلُّقَهُ بِظَاهِرِ الْأَمْرِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْأُمَّةَ من لَدُنْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إلَى يَوْمِنَا هذا يَتْرُكُونَ مَمَالِيكَهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِمْ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِمْ من غَيْرِ نَكِيرٍ فَعُلِمَ أَنْ ليس

الْمُرَادُ من هذا الْأَمْرِ الْوُجُوبَ
وَأَمَّا الْجَوَابُ عن وَجْهِ الْقِيَاسِ أن الْمَوْلَى لَا يَجِبُ له على عَبْدِهِ دَيْنٌ فَهَذَا على الْإِطْلَاقِ مَمْنُوعٌ وَإِنَّمَا نُسَلِّمُ ذلك في الْعَبْدِ الْقِنِّ لَا في الْمُكَاتَبِ وَالْمُسْتَسْعَى لِأَنَّ كَسْبَ الْقِنِّ مِلْكُ الْمَوْلَى وَكَسْبَ الْمُكَاتَبِ وَالْمُسْتَسْعَى مِلْكُهُمَا لَا حَقَّ لِلْمَوْلَى فيه فَكَانَ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ عن كَسْبِ الْمُكَاتَبِ فَأَمْكَنَ إيجَابُ الدَّيْنِ لِلْمَوْلَى عليه
فَصْلٌ وَأَمَّا رُكْنُ الْمُكَاتَبَةِ فَهُوَ الْإِيجَابُ من الْمَوْلَى وَالْقَبُولُ من الْمُكَاتَبِ أَمَّا الْإِيجَابُ فَهُوَ اللَّفْظُ الدَّالُّ على الْمُكَاتَبَةِ نحو قَوْلِ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ كَاتَبْتُك على كَذَا سَوَاءٌ ذَكَرَ فيه حَرْفَ التَّعْلِيقِ بِأَنْ يَقُولَ على أَنَّك إنْ أَدَّيْت إلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ أو لم يُذْكَرْ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَتَحَقَّقُ الرُّكْنُ بِدُونِ حَرْفِ التَّعْلِيقِ وهو أَنْ يَقُولَ كَاتَبْتُك على كَذَا على أَنَّك إنْ أَدَّيْت إلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ بِنَاءً على أَنَّ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ أَصْلٌ في الْكِتَابَةِ وَمَعْنَى التَّعْلِيقِ فيها ثَابِتٌ عِنْدَنَا وَالْعِتْقُ عِنْدَهُ الْأَدَاءُ يَثْبُتُ من حَيْثُ الْمُعَاوَضَةُ لَا من حَيْثُ التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ وَعِنْدَهُ مَعْنَى التَّعْلِيقِ فيها أَصْلٌ أَيْضًا وَالْعِتْقُ ثَبَتَ من حَيْثُ التَّعْلِيقُ فَلَا بُدَّ من حَرْفِ التَّعْلِيقِ وما قُلْنَاهُ أَوْلَى بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو أَبْرَأَهُ عن بَدَلِ الْكِتَابَةِ يَعْتِقُ وَلَوْ كان ثُبُوتُ الْعِتْقِ فيها من طَرِيقِ التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ لَمَا عَتَقَ لِعَدَمِ الشَّرْطِ وهو الْأَدَاءُ
وَكَذَا لو قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ على أَلْفٍ تُؤَدِّيهَا إلَيَّ نحو (((نجوما))) ما في كل شَهْرٍ كَذَا فَقَبِلَ أو قال إذَا أَدَّيْت لي أَلْفَ دِرْهَمٍ كُلَّ شَهْرٍ منها كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ فَقَبِلَ أو قال جَعَلْت عَلَيْك أَلْفَ دِرْهَمٍ تُؤَدِّيهَا إلَيَّ نُجُومًا كُلَّ نَجْمٍ كَذَا فإذا أَدَّيْت فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْت فَأَنْتَ رَقِيقٌ وقيل (((وقبل))) وَنَحْوَ ذلك من الْأَلْفَاظِ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ في الْعُقُودِ إلَى الْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَاظِ
وَأَمَّا الْقَبُولُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ قَبِلْت أو رَضِيت وما أَشْبَهَ ذلك فإذا وُجِدَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَقَدْ تَمَّ الرُّكْنُ ثُمَّ الْحَاجَةُ إلَى الرُّكْنِ فِيمَنْ يَثْبُت حُكْمُ الْعَقْدِ فيه مَقْصُودًا لَا تَبَعًا كَالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ وَالْوَلَدِ المشتري وَالْوَالِدَيْنِ على ما نَذْكُرُ لِأَنَّ الِاتِّبَاعَ كما لَا يُفْرَدُ بِالشُّرُوطِ لَا يُفْرَدُ بِالْأَرْكَانِ لِمَا فيه من قَلْبِ الْحَقِيقَةِ وهو جَعْلُ التَّبَعِ مَتْبُوعًا وَهَذَا لَا يَجُوزُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَوْلَى وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُكَاتَبِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرُّكْنِ ثُمَّ بَعْضُهَا شَرْطُ الِانْعِقَادِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ النَّفَاذِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ الصِّحَّةِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَوْلَى فَمِنْهَا الْعَقْلُ وَأَنَّهُ شَرْطُ الِانْعِقَادِ فَلَا تَنْعَقِدُ الْمُكَاتَبَةُ من الصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَالْمَجْنُونِ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَهِيَ شَرْطُ النَّفَاذِ حتى لَا تَنْفُذُ الْكِتَابَةُ من الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَإِنْ كان حُرًّا أو مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ من قِبَلِ الْمَوْلَى أو الْوَصِيِّ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَيْسَتْ بِتِجَارَةٍ إذْ التِّجَارَةُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالْمُكَاتَبَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ وَلَيْسَتْ من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَلَا من ضَرُورَاتِهَا وَلِهَذَا لَا يمكلها (((يملكها))) الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ الْعِنَانِ لِمَا قُلْنَا وَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ بِإِذْنِ أبيه أو وصية

لِأَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ يَمْلِكَانِ الْعَقْدَ بِأَنْفُسِهِمَا فَيَمْلِكَانِ الْإِذْنَ بِهِ لِلصَّبِيِّ إذَا كان عَاقِلًا
وَمِنْهَا الْمِلْكُ وَالْوِلَايَةُ وَهَذَا شَرْطُ نَفَاذٍ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ فيها مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَالتَّعْلِيقِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الِانْفِرَادِ لَا يَصِحُّ بِدُونِ الْمِلْكِ وَالْوِلَايَةِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ فَلَا تَنْفُذُ الْمُكَاتَبَةُ من الْفُضُولِيِّ لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَالْوِلَايَةِ وَتَنْفُذُ من الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْمُوَكِّلِ فَكَانَ تَصَرُّفُهُ تَصَرُّفَ الْمُوَكِّلِ وَكَذَا من الْأَبِ وَالْوَصِيِّ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَنْفُذَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ تَصَرُّفٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ وَهُمَا لَا يَمْلِكَانِ الْإِعْتَاقَ لَا بِغَيْرِ بَدَلٍ وَلَا بِبَدَلٍ كَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ وَبَيْعِ نَفْسِ الْعَبْدِ منه
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ من بَابِ اكْتِسَابِ الْمَالِ وَلَهُمَا وِلَايَةُ اكْتِسَابِ الْمَالِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ على مَالٍ وَبَيْعِ نَفْسِ الْعَبْدِ منه لِأَنَّ ذلك ليس من بَابِ الِاكْتِسَابِ بَلْ هو من بَابِ الاعتاق لِأَنَّ الْعَبْدَ يَعْتِقُ بِنَفْسِ الْقَبُولِ فَيَبْقَى الْمَالُ دَيْنًا في ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ فَإِنْ أَقَرَّ الْأَبُ أو الْوَصِيُّ بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَة فَإِنْ كانت الْكِتَابَةُ مَعْرُوفَةً طاهرة (((ظاهرة))) بِمَحْضَرِ الشُّهُودِ يُصَدَّقْ وَيَعْتِقْ الْمَكَاتِبُ لِأَنَّهُ أَمِينٌ في قَبْضِ التابة (((الكتابة))) فَكَانَ مُصَدَّقًا كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إذَا بَاعَ ثُمَّ أَقَرَّ بِقَبْضِ الثَّمَنِ وَإِنْ لم تَكُنْ مَعْرُوفَةً لم يَجُزْ إقْرَارُهُ وَلَا يَعْتِقُ الْعَبْدُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ إذَا لم تَكُنْ ظَاهِرَةً كان ذلك منه إقْرَارًا بِالْعِتْقِ وَإِقْرَارُ الْأَبِ أو الْوَصِيِّ بِعِتْقِ عبد الْيَتِيمِ لَا يَجُوزُ وإذا كانت الْكِتَابَةُ ظَاهِرَةً كان ذلك منه إقْرَارًا بِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ وَلَوْ كَاتَبَ الْأَبُ أو الْوَصِيُّ ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّبِيُّ فلم يَرْضَ بِالْكِتَابَةِ فَالْمُكَاتَبَةُ مَاضِيَةٌ إلَّا أَنَّهُ ليس لِلْوَصِيِّ وَلَا لِلْأَبِ أَنْ يَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ إنَّمَا كان يَمْلِكُ الْقَبْضَ بِوِلَايَتِهِ لَا بِمُبَاشَرَةِ الْعَقْدِ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ في الْمُكَاتَبَةِ يَرْجِعُ إلَى من عُقِدَ له لَا إلَى الْعَاقِدِ وقد زَالَتْ وِلَايَتُهُ بِالْبُلُوغِ بِخِلَافِ الْوَصِيِّ إذَا بَاعَ شيئا ثُمَّ أَدْرَكَ الْيَتِيمُ أَنَّ له أَنْ يَقْبِضَ لِأَنَّ حُقُوقَ الْبَيْعِ وَكُلَّ عَقْدٍ هو مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ هذا إذَا كانت الْوَرَثَةُ صِغَارًا فَإِنْ كَانُوا كِبَارًا لَا يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُكَاتِبَ وَلَا لِلْأَبِ لِزَوَالِ وِلَايَتِهِمَا بِالْبُلُوغِ سَوَاءٌ كَانُوا حُضُورًا أو غُيَّبًا لِأَنَّ الْمُوجِبَ لِزَوَالِ الْوِلَايَةِ لَا يَخْتَلِفُ وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْوَارِثَ الْكَبِيرَ إذَا كان غَائِبًا أَنَّ لِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ الْمَنْقُولَ لِأَنَّ بَيْعَ الْمَنْقُولِ من بَابِ الْحِفْظِ لِأَنَّ حِفْظَ ثَمَنِهِ أَيْسَرُ من حِفْظِ عَيْنِهِ وَلَهُمَا وِلَايَةُ الْحِفْظِ وَلَيْسَ في الْكِتَابَةِ حِفْظٌ فَلَا يَمْلِكَانِهَا وَإِنْ كانت الْوَرَثَةُ صِغَارًا وَكِبَارًا ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
ثُمَّ اُخْتُلِفَ في هذا الْإِطْلَاقِ قال بَعْضُهُمْ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ في نَصِيبِ الْكِبَارِ وَأَمَّا في نَصِيبِ الصِّغَارِ فَجَائِزٌ
وقال بَعْضُهُمْ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ في نَصِيبِ الْكِبَارِ وَالصِّغَارِ جميعا لِأَنَّهُ إذَا لم يَجُزْ في نَصِيبِ الْكِبَارِ لم يَكُنْ في جَوَازِهِ في نَصِيبِ الصِّغَارِ فَائِدَةٌ لِأَنَّ لهم أَنْ يَفْسَخُوا الْعَقْدَ وَصَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَنَّهُ يُمْنَعُ أَحَدُهُمَا عن كِتَابَةِ نَصِيبِهِ إلَّا بِرِضَا شَرِيكِهِ لِأَنَّهُ لو فَعَلَ بِغَيْرِ إذْنِ شَرِيكِهِ كان لِشَرِيكِهِ أَنْ يَفْسَخَ فلم يَكُنْ فيه فَائِدَةٌ كَذَا هذا
وَلَوْ كان على الْمَيِّتِ دَيْنٌ فَكَاتَبَ الْوَصِيُّ عَبْدَهُ من تَرِكَتِهِ لم يَجُزْ كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ ولم يَفْصِلْ بين ما إذَا كان الدَّيْنُ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ وَبَيْنَ ما إذَا لم يَكُنْ مُحِيطًا بها منهم من أَجْرَى الْمَذْكُورَ في الْأَصْلِ على إطْلَاقِهِ وقال لَا تَجُوزُ مُكَاتَبَتُهُ سَوَاءٌ كان الدَّيْنُ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ أو لم يَكُنْ أَمَّا إذَا كان مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ فَلِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بها وَالْمُكَاتَبَةُ تَتَضَمَّنُ إبْطَالَ حَقِّهِمْ لِأَنَّهَا لو صَحَّتْ لَصَارَتْ حُقُوقُهُمْ مُنَجَّمَةً مُؤَجَّلَةً وَحُقُوقُهُمْ مجعلة (((معجلة))) فَلَا

يَمْلِكُ تَأْجِيلَهَا بِالْكِتَابَةِ وَإِنْ كان غير مُحِيطٍ بِالتَّرِكَةِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ من الدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ مُطْلَقًا وَتَبْطُلُ الْكِتَابَةُ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ من الدَّيْنِ يَتَأَجَّلُ تَسْلِيمُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الْغَرِيمُ إلَّا أَنْ يَخْتَارَ استيفاؤه (((استيفاءه))) من غَيْرِهَا فَيَجُوزُ لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ لِحَقِّ الْغَرِيمِ فإذا اسْتَوْفَى من مَحَلٍّ آخَرَ فَقَدْ زَالَ حَقُّهُ فَزَالَ الْمَانِعُ بين الْجَوَازِ

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَحْمُولَةٌ على ما إذَا كان الميت (((للميت))) غَيْرُ الْعَبْدِ أو غَيْرُ الْقَدْرِ الذي يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ يَجُوزُ له ذلك لِأَنَّهُ إذَا كان هُنَاكَ مَالٌ آخَرُ يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ فَحَقُّ الْغُرَمَاءِ لايتعلق بِعَيْنِ الْعَبْدِ لِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِحَاجَتِهِمْ إلَى اسْتِيفَاءِ دِينِهِمْ وَأَنَّهُ يَحْصُلُ بِدُونِهِ لِأَنَّهُ لو تَعَلَّقَ قَلِيلُ الدَّيْنِ بِجُمْلَةِ التَّرِكَةِ لَأَدَّى إلَى الْحَرَجِ لِأَنَّ التَّرِكَةَ قَلَّمَا تَخْلُو عن قَلِيلِ الدَّيْنِ وَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ أَنْ يُكَاتِبَ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَيَجُوزُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ

وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ هل لِأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ أَنْ يَتَصَرَّفَ في مَالِ الْيَتِيمِ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْوَصَايَا

وَلِوَصِيِّ الْوَصِيِّ أَنْ يُكَاتِبَ

لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْوَصِيِّ وَسَوَاءٌ كان الْمَمْلُوكُ مَحْجُورًا أو مَأْذُونًا بِالتِّجَارَةِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أو لَا دَيْنَ عليه لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الْمِلْكِ عنه فَتَنْفُذُ الْمُكَاتَبَةُ إلَّا أَنَّهُ إذَا كان عليه دَيْنٌ مُحِيطٌ أو غَيْرُ مُحِيطٍ فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَرُدُّوا الْمُكَاتَبَةَ لِأَنَّ لهم حَقَّ الِاسْتِيفَاءِ من رَقَبَتِهِ وهو بِالْمُكَاتَبَةِ أَرَادَ إبْطَالَ حَقِّهِمْ فَكَانَ لهم أَنْ يَنْقُضُوا كما لو بَاعَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ أو غَيْرُ مُحِيطٍ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْفُذُ لَكِنْ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَنْقُضُوا إلَّا إذَا كان قَضَى الْمَوْلَى دَيْنَهُمْ من مَالٍ آخَرَ قبل أَنْ يَنْقُضُوا فَلَيْسَ لهم أَنْ يَنْقُضُوا وَمَضَتْ الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ جَائِزَةً لِوُقُوعِهَا في الْمِلْكِ إلَّا أَنَّهُ كان لِلْغُرَمَاءِ النَّقْضُ لِقِيَامِ حَقِّهِمْ فإذا قَضَى دَيْنَهُمْ فَقَدْ زَالَ حَقُّهُمْ فَبَقِيَتْ جَائِزَةً وَلَا يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِمَا قَضَى من الدَّيْنِ على الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ أَصْلَحَ مُكَاتَبَتَهُ فَكَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ

وَكَذَا لو أَبَى الْمَوْلَى أَنْ يُؤَدِّيَ الدَّيْنَ وَأَدَّاهُ الْغُلَامُ عَاجِلًا مَضَتْ الْمُكَاتَبَةُ لِمَا قُلْنَا وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ على الْمَوْلَى بِمَا أَدَّى لِمَا قُلْنَا فَإِنْ كان الملوى (((المولى))) أَخَذَ بالبدل (((البدل))) ثُمَّ عَلِمَ الْغُرَمَاءُ بِذَلِكَ فَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا من الْمَوْلَى ما أَخَذَ من بَدَلِ الكاتبة (((الكتابة))) لِأَنَّهُ كَسْبُ الْعَبْدِ الْمَدْيُونِ وَأَنَّهُ يُؤْخَذُ من الْمَوْلَى وَالْعِتْقُ وَاقِعٌ إمَّا من طَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ لِسَلَامَةِ الْعِوَضِ لِلْمَوْلَى وَإِمَّا من طَرِيقِ التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وهو أَدَاءُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالْعِتْقُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَإِنْ بَقِيَ من دَيْنِهِمْ شَيْءٌ كان لهم أَنْ يُضَمِّنُوا الْمَوْلَى قِيمَتَهُ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ حَقَّهُمْ في قَدْرِ قِيمَةِ الْعَبْدِ حَيْثُ مَنَعَهُمْ عن بَيْعِهِ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ وَلَهُمْ أَنْ يَبِيعُوا الْعَبْدَ بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِمْ لِأَنَّ الدَّيْنَ كان ثَابِتًا في ذِمَّتِهِ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَتِهِ وقد بَطَلَتْ الرَّقَبَةُ بِالْحُرِّيَّةِ فَبَقِيَتْ الذِّمَّةُ فَكَانَ لهم أَنْ يَبِيعُوهُ وَلَا يَرْجِعُ الْمَوْلَى على الْعَبْدِ بِمَا أَخَذَ منه من بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمَوْلَى حين كَاتَبَهُ كانت رَقَبَتُهُ مَشْغُولَةً بِالدَّيْنِ فَكَانَتْ مُكَاتَبَتُهُ إيَّاهُ مع عِلْمِهِ أَنَّ الْغُرَمَاءَ أَحَقُّ منه بِكَسْبِهِ دَلَالَةَ الرِّضَا بِمَا أَخَذَ منه

وَلَوْ كان الْعَبْدُ مَرْهُونًا أو مُؤَاجَرًا فَكَاتَبَهُ وَقَفَتْ الْمُكَاتَبَةُ على إجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ أَجَازَا جَازَ وَإِنْ فَسَخَا هل تَنْفَسِخُ بِفَسْخِهِمَا فَهُوَ على ما نَذْكُرُ في الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَسَوَاءٌ كان الْمَمْلُوكُ قِنًّا أو غَيْرَهُ حتى لو كانت مُدَبَّرَةً أو أُمَّ وَلَدٍ جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ لِقِيَامِ الْمِلْكِ إذْ التَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ لَا يُزِيلَانِ الْمِلْكَ وَهُمَا من بَابِ اسْتِعْجَالِ الْحُرِّيَّةِ فَإِنْ أَدَّيَا وَعَتَقَا فَقَدْ مَضَى الْأَمْرُ وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْأَدَاءِ عَتَقَا لِأَنَّهُمَا يَعْتِقَانِ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وهذا إذَا كَانَا يَخْرُجَانِ من الثُّلُثِ فَإِنْ كَانَا لَا يَخْرُجَانِ من الثُّلُثِ فَأُمُّ الْوَلَدِ تَعْتِقُ من غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ وَلَا تَسْعَى

وَأَمَّا الْمُدَبَّرُ فَلَهُ الْخِيَارُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ سَعَى في جَمِيعِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ إذَا كان لَا مَالَ له غَيْرُهُ

فَإِنْ اخْتَارَ الْكِتَابَةَ سَعَى على النُّجُومِ وَإِنْ اخْتَارَ السِّعَايَةَ في ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ يَسْعَى حَالًا

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا خِيَارَ له لَكِنْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ يَسْعَى في الْأَقَلِّ من جَمِيعِ الْكِتَابَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَسْعَى في الْأَقَلِّ من ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ وَمِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الإستيلاد

وَمِنْهَا الرِّضَا وهو من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ فَلَا تَصِحُّ الْمُكَاتَبَةُ مع الْإِكْرَاهِ وَالْهَزْلِ وَالْخَطَأِ لِأَنَّهَا من التَّصَرُّفَاتِ التي تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَيُفْسِدُهَا الْكُرْهُ وَالْهَزْلُ وَالْخَطَأُ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ

وإما حُرِّيَّةُ الْمُكَاتَبِ فَلَيْسَتْ من شَرَائِطِ جَوَازِ الْمُكَاتَبَةِ فَتَصِحُّ مُكَاتَبَةُ الْمُكَاتَبِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَكَذَا إسْلَامُهُ فَتَجُوزُ مُكَاتَبَةُ الذِّمِّيِّ عَبْدَهُ الْكَافِرَ لِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فإذا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما على الْمُسْلِمِينَ وَلِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يُكَاتِبُوا عَبِيدَهُمْ فَكَذَا لِأَهْلِ الذِّمَّةِ وَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ مُشْتَمِلَةٌ على مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَالتَّعْلِيقِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْلِكُهُ الذِّمِّيُّ حَالَةَ الِانْفِرَادِ وَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ وَالذِّمِّيُّ إذَا ابْتَاعَ عَبْدًا مُسْلِمًا فَكَاتَبَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَهَذَا فَرْعُ أَصْلِنَا في شِرَاءِ الْكَافِرِ للعبد (((العبد))) الْمُسْلِمَ أَنَّهُ جَائِزٌ إلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ على بَيْعِهِ صِيَانَةً له عن الِاسْتِذْلَالِ بِاسْتِخْدَامِ الْكَافِرِ إيَّاهُ وَالصِّيَانَةُ تَحْصُلُ بِالْكِتَابَةِ لِزَوَالِ وِلَايَةِ الِاسْتِخْدَامِ بِزَوَالِ يَدِهِ عنه بِالْمُكَاتَبَةِ وَأَمَّا مُكَاتَبَةُ الْمُرْتَدِّ فَمَوْقُوفَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ وَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ وَعِنْدَهُمَا هِيَ نَافِذَةٌ وَهِيَ من مَسَائِلِ السِّيَرِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ الْمُكَاتَبَةِ فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا منها أَنْ لَا يَكُونَ فيه خَطَرُ الْعَدَمِ وَقْتَ الْمُكَاتَبَةِ وهو شَرْطُ الِانْعِقَادِ حتى لو كَاتَبَ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ لم يَنْعَقِدْ لِنَهْيِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن بَيْعٍ فيه غَرَرٌ وَالْمُكَاتَبَةُ فيها مَعْنَى الْبَيْعِ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا وهو من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ حتى لو كَاتَبَ عَبْدًا له مَجْنُونًا أو أو صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ لَا تَنْعَقِدُ مُكَاتَبَتُهُ

لِأَنَّ الْقَبُولَ أَحَدُ شَطْرَيْ الرُّكْنِ وَأَهْلِيَّةُ الْقَبُولِ لَا تَثْبُتُ بِدُونِ الْعَقْلِ لِأَنَّ ما هو الْمَقْصُودُ من هذا الْعَقْدِ وهو الْكَسْبُ لَا يَحْصُلُ منه فَإِنْ كَاتَبَهُ فَأَدَّى الْبَدَلَ عنه

رَجُلٌ فَقَبِلَهُ الْمَوْلَى لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ الْقَبُولِ ولم يُوجَدْ فَكَانَ أَدَاءُ الْأَجْنَبِيِّ أَدَاءً من غَيْرِ عَقْدٍ فَلَا يَعْتِقُ وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ ما أَدَّى لِأَنَّهُ أَدَّاهُ بَدَلًا عن الْعِتْقِ ولم يُسَلَّمْ الْعِتْقَ وَلَوْ قَبِلَ عنه الرَّجُلُ الْكِتَابَةَ ورضى الْمَوْلَى لم يَجُزْ أَيْضًا لِأَنَّ الرَّجُلَ قَبِلَ الْكِتَابَةَ من غَيْرِهِ من غَيْرِ رِضَاهُ وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ الْكِتَابَةِ عن غَيْرِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ وَهَلْ يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْفُضُولِيِّ إنَّمَا يَتَوَقَّفُ على الْإِجَازَةِ إذَا كان له مُجِيزٌ وَقْتَ التَّصَرُّفِ وَهَهُنَا لَا مُجِيزَ له وَقْتَ وُجُودِهِ إذْ الصَّغِيرُ ليس من أَهْلِ الْإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ بِخِلَافِ ما إذَا كان الْعَبْدُ كَبِيرًا غَائِبًا فَجَاءَ رَجُلٌ وَقَبِلَ الْكِتَابَةَ عنه وَرَضِيَ الْمَوْلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ من أَهْلِ الْإِجَازَةِ وَقْتَ قَبُولِ الْفُضُولِيِّ عنه فَكَانَ له مُجِيزًا وَقْتَ التَّصَرُّفِ فَتَوَقَّفَ فَلَوْ أَدَّى الْقَابِلُ عن الصَّغِيرِ إلَى الْمَوْلَى ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَعْتِقُ اسْتِحْسَانًا وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ إذَا أَدَّيْت إلَيَّ كَذَا فَعَبْدِي حُرٌّ وقال وَهَذَا وَالْكَبِيرُ سَوَاءٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتِقَ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ على الصَّغِيرِ لم تَنْعَقِدْ لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ الْقَبُولِ فَيَبْقَى الْأَدَاءُ بِغَيْرِ مُكَاتَبَةٍ فَلَا يَعْتِقُ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ فيها مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَمَعْنَى التَّعْلِيقِ وَالْمَوْلَى إنْ كان لَا يَمْلِكُ إلْزَامَ الْعَبْدِ الْعِوَضَ يَمْلِكُ تَعْلِيقَ عِتْقِهِ بِالشَّرْطِ فَيَصِحُّ من هذا الْوَجْهِ وَيَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ وَكَذَا إذَا كان الْعَبْدُ كَبِيرًا غَائِبًا فَقَبِلَ الْكِتَابَةَ عنه فُضُولِيٌّ وَأَدَّاهَا إلَى الْمَوْلَى يَعْتِقُ اسْتِحْسَانًا وَلَيْسَ لِلْقَابِلِ اسْتِرْدَادُ الْمُؤَدَّى وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتِقَ وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ لِمَا قُلْنَا

هذا إذَا أَدَّى الْكُلَّ فَإِنْ أَدَّى الْبَعْضَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ إنَّمَا أَدَّى لِيُسَلَّمَ الْعِتْقَ وَالْعِتْقُ لَا يُسَلَّمُ بِأَدَاءِ بَعْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَكَانَ له أَنْ يَسْتَرِدَّ إلَّا إذَا بَلَغَ الْعَبْدُ فَأَجَازَ قبل أَنْ يَسْتَرِدَّ الْقَابِلُ فَلَيْسَ له أَنْ يَسْتَرِدَّ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ بِالْإِجَازَةِ اسْتَنَدَ جَوَابُ الْعَقْدِ إلَى وَقْتِ وُجُودِهِ وَالْأَدَاءُ حَصَلَ عن عَقْدٍ جَائِزٍ فَلَا يَكُونُ له الإسترداد فَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ عَجَزَ عن أَدَاءِ الْبَاقِي وَرُدَّ في الرِّقِّ فَلَيْسَ له أَنْ يَسْتَرِدَّ أَيْضًا وَإِنْ رُدَّ الْعَبْدُ في الرِّقِّ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا تَنْفَسِخُ بِالرَّدِّ في الرِّقِّ بَلْ تَنْتَهِي في الْمُسْتَقْبَلِ فَكَانَ حُكْمُ الْعَقْدِ قَائِمًا في الْقَدْرِ الْمُؤَدَّى فَلَا يَكُونُ له الإسترداد بِخِلَافِ بَابِ الْبَيْعِ بِأَنَّ من بَاعَ شيئا ثُمَّ تَبَرَّعَ إنْسَانٌ بِأَدَاءِ الثَّمَنِ ثُمَّ فُسِخَ الْبَيْعُ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ أو بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ أَنَّ لِلْمُتَبَرِّعِ أَنْ يَسْتَرِدَّ ما دَفَعَ لِأَنَّ الدَّفْعَ كان بِحُكْمِ الْعَقْدِ وقد انْفَسَخَ ذلك الْعَقْدُ

وَكَذَلِكَ لو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِأَدَاءِ الْمَهْرِ عن الزَّوْجِ ثُمَّ وَرَدَ الطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ أَنَّهُ يَسْتَرِدُّ منها النِّصْفَ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُولِ فَسْخٌ من وَجْهٍ وَلَوْ كانت الْفُرْقَةُ من قِبَلِهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ منها كُلَّ الْمَهْرِ وَلَا يَكُونُ الْمَهْرُ لِلزَّوْجِ بَلْ يَكُونُ لِلْمُتَبَرِّعِ لِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ

هذا كُلُّهُ إذَا أَدَّى الْقَابِلُ فَلَوْ امْتَنَعَ الْقَابِلُ عن الْأَدَاءِ لَا يُطَالَبُ بِالْأَدَاءِ إلَّا إذَا ضَمِنَ فَحِينَئِذٍ يُؤْخَذُ بِهِ بِحُكْمِ الضَّمَانِ فَأَمَّا بُلُوغُهُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حتى لو كَاتَبَهُ وهو يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ وَيَكُونُ كَالْكَبِيرِ في جَمِيعِ أَحْكَامِهِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ إذْنٌ في التِّجَارَةِ وَإِذْنُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ بِالتِّجَارَةِ صَحِيحٌ عِنْدَنَا خِلَافًا له وَهِيَ من مَسَائِلِ الْمَأْذُونِ

فصل وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى بَدَلِ الْكِتَابَةِ

فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَالًا وهو شَرْطُ الِانْعِقَادِ فَلَا تَنْعَقِدُ الْمُكَاتَبَةُ على الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَالٍ في حَقِّ أَحَدٍ لَا في حَقِّ الْمُسْلِمِ وَلَا في حَقِّ الذِّمِّيِّ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِهِمَا لَا يَمْلِكُ وَإِنْ قَبَضَ وَلَا تَنْعَقِدُ عَلَيْهِمَا الْمُكَاتَبَةُ حتى لَا يَعْتِقَ وَإِنْ أَدَّى لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الْبَاطِلَ لَا حُكْمَ له فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ إلَّا إذَا كان قال

على أَنَّك إنْ أَدَّيْت إلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَأَدَّى فإنه يَعْتِقُ بِالشَّرْطِ وإذا عَتَقَ بِالشَّرْطِ لَا يَرْجِعُ الْمَوْلَى عليه بِقِيمَتِهِ لِأَنَّ هذا ليس بِمُكَاتَبَةٍ إنَّمَا هو إعْتَاقٌ مُعَلَّقٌ بِالشَّرْطِ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُتَقَوِّمًا وَأَنَّهُ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ فَلَا تَصِحُّ مُكَاتَبَةُ الْمُسْلِمِ عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ أو الذِّمِّيَّ على الْخَمْرِ أو الْخِنْزِيرِ وَلَا مُكَاتَبَةُ الذِّمِّيِّ عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ على الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَإِنْ كان مَالًا في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَهِيَ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ في حَقِّهِمْ فَانْعَقَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ على الْفَسَادِ فَإِنْ أَدَّى يَعْتِقْ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ لِأَنَّ هذا حُكْمُ الْمُكَاتَبَةِ الْفَاسِدَةِ على ما نَذْكُرُ في بَيَانِ حُكْمِ الْمُكَاتَبَةِ
أَمَّا الذِّمِّيُّ فَتَجُوزُ مُكَاتَبَتُهُ عَبْدَهُ الْكَافِرَ على

خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ لِأَنَّ ذلك مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَهُمْ كَالْخَلِّ وَالشَّاةِ عِنْدَنَا فَإِنْ كَاتَبَ ذِمِّيٌّ عَبْدًا له كَافِرًا على خَمْرٍ فَأَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَالْمُكَاتَبَةُ مَاضِيَةٌ وَعَلَى الْعَبْدِ قِيمَةُ الْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ وَقَعَتْ صَحِيحَةً لِكَوْنِ الْخَمْرِ مَالًا مُتَقَوِّمًا في حَقِّهِمْ إلَّا أَنَّهُ إذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَقَدْ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ أو التَّسَلُّمُ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَنْهِيٌّ عن ذلك فَتَجِبُ قِيمَتُهَا وَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِخِلَافِ ما إذَا اشْتَرَى الذِّمِّيُّ من ذِمِّيٍّ شيئا بِخَمْرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قبل قَبْضِ الثمن (((ثمن))) الْخَمْرِ أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ وَهَهُنَا لَا تَبْطُلُ الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّ عَقْدَ الْمُكَاتَبَةِ مَبْنَاهُ على الْمُسَاهَلَةِ وَالْمُسَامَحَةِ نَظَرًا لِلْعَبِيدِ إيصَالًا لهم إلَى شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يَنْفَسِخُ بِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الْمُسَمَّى أو تَسَلُّمِهِ بَلْ يُصَارُ إلَى بَدَلِهِ فَأَمَّا الْبَيْعُ فَعَقْدُ مما (((مماكسة))) كسبه وَمُضَايَقَةٍ لَا تَجْرِي فيه من السُّهُولَةِ ما يَجْرِي في الْمُكَاتَبَةِ فَيَنْفَسِخُ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَسْلِيمِ عَيْنِ الْمُسَمَّى وَيَرْتَفِعُ وإذا ارْتَفَعَ لَا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُ الْقِيمَةِ مع ارْتِفَاعِ سَبَبِ الْوُجُوبِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ النَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَسَوَاءٌ كان مَعْلُومَ الصِّفَةِ أولا وهو من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ فَإِنْ كان مَجْهُولَ الْقَدْرِ أو مَجْهُولَ النَّوْعِ لم يَنْعَقِدْ وَإِنْ كان مَعْلُومَ النَّوْعِ وَالْقَدْرِ مَجْهُولَ الصِّفَةِ جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ
وَالْأَصْلُ أَنَّ الْجَهَالَةَ مَتَى فَحَشَتْ مَنَعَتْ جَوَازَ الْمُكَاتَبَةِ وَإِلَّا فَلَا وَجَهَالَةُ النَّوْعِ وَالْقَدْرِ جَهَالَةٌ فَاحِشَةٌ وَجَهَالَةُ الصِّفَةِ غَيْرُ فَاحِشَةٍ فإنه روى عن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَجَازَ الْمُكَاتَبَةَ على الْوُصَفَاءِ بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَيَكُونُ إجْمَاعًا على الْجَوَازِ وَالْإِجْمَاعُ على الْجَوَازِ إجْمَاعٌ على سُقُوطِ اعْتِبَارِ هذا النَّوْعِ من الْجَهَالَةِ في بَابِ الْكِتَابَةِ
وَبَيَانُ هذا الْأَصْلِ في مَسَائِلَ إذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ على ثَوْبٍ أو دَابَّةٍ أو حَيَوَانٍ أو دَارٍ لم تَنْعَقِدْ حتى لَا يَعْتِقَ وَإِنْ أَدَّى لِأَنَّ الثَّوْبَ وَالدَّارَ وَالْحَيَوَانَ مَجْهُولُ النَّوْعِ لِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِ كل جِنْسٍ وَأَشْخَاصِهِ اخْتِلَافًا مُتَفَاحِشًا
وَكَذَا الدُّورُ تَجْرِي مَجْرَى الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ لِتَفَاحُشِ التَّفَاوُتِ بين دَارٍ وَدَارٍ في الْهَيْئَةِ وَالتَّقْطِيعِ وفي الْقِيمَةِ بِاخْتِلَافِ الْمَوَاضِعِ من الْبُلْدَانِ وَالْمَحَالِّ وَالسِّكَكِ وَلِهَذَا مَنَعَتْ هذه الْجَهَالَةُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ وَالْإِعْتَاقَ على مَالٍ وَالنِّكَاحَ وَالْخُلْعَ وَالصُّلْحَ عن دَمِ الْعَمْدِ فَصَارَتْ هذه الْأَشْيَاءُ لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ في أَنْوَاعِهَا وَأَشْخَاصِهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ على ثَوْبٍ أو دَابَّةٍ أو حَيَوَانٍ أو دَارٍ فَأَدَّى طَعَامًا وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَا يَعْتِقُ

وَإِنْ أَدَّى أَعْلَى الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالدُّورِ بِخِلَافِ ما إذَا كَاتَبَهُ على قِيمَةٍ فَأَدَّى الْقِيمَةَ أَنَّهُ يَعْتِقُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بين الْقِيمَتَيْنِ لَا يُلْحِقُهُمَا مجلسين (((بجنسين))) فَكَانَتْ جَهَالَةُ الْقِيمَةِ مُفْسِدَةً لِلْعَقْدِ لَا مُبْطِلَةً له وَإِنْ كَاتَبَهُ على ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ أو عَبْدٍ أو جَارِيَةٍ أو فَرَسٍ جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ هَهُنَا جَهَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّهُ جَيِّدٌ أو رَدِيءٌ أو وَسَطٌ وإنها لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ كما في النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحَيَوَانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِغَيْرِ الْمَالِ كما في النِّكَاحِ وَنَحْوِهِ فَتَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَيَقَعُ في الْوَسَطِ كما في بَابِ الزَّكَاةِ وَالدِّيَةِ وَالنِّكَاحِ وَكَذَا لو كَاتَبَهُ على وَصِيْفٍ يَجُوزُ وَيَقَعُ على الْوَسَطِ وَلَوْ جاء الْعَبْدُ بِقِيمَةِ الْوَسَطِ في هذه الْمَوَاضِعِ يُجْبَرُ الْمَوْلَى على الْقَبُولِ كما في النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَنَحْوِهِمَا

وَلَوْ كَاتَبَهُ على لُؤْلُؤَةٍ أو يَاقُوتَةٍ لم يَنْعَقِدْ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ مُتَفَاحِشَةٌ وَلَوْ كَاتَبَهُ على كُرِّ حِنْطَةٍ أو ما أَشْبَهَ ذلك من الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ولم يَصِفْ يَجُوزُ وَعَلَيْهِ الْوَسَطُ من جِنْسِهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ إذَا كان مَوْصُوفًا وَيَثْبُتُ في مُبَادَلَةِ ما ليس بِمَالٍ بِمَالٍ وَإِنْ لم يَكُنْ مَوْصُوفًا كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ وَالْمُكَاتَبَةُ مُعَاوَضَةُ ما ليس بِمَالٍ بِمَالٍ في جَانِبِ الْمَوْلَى فَتَجُوزُ الْمُكَاتَبَةُ عليه وَيَجِبُ الْوَسَطُ

وَلَوْ كَاتَبَهُ على حُكْمِهِ أو على حُكْمِ نَفْسَهُ لم تَنْعَقِدْ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ هَهُنَا أَفْحَشُ من جَهَالَةِ النَّوْعِ وَالْقَدْرِ لِأَنَّ الْبَدَلَ هُنَاكَ مُسَمًّى وَلَا تَسْمِيَةَ لِلْبَدَلِ هَهُنَا رَأْسًا فَكَانَتْ الْجَهَالَةُ أَكْثَرَ وَإِلَى هذا أَشَارَ في الْأَصْلِ فقال أَرَأَيْت لو حَكَمَ الْمَوْلَى عليه بِمِلْءِ الْأَرْضِ ذَهَبًا كان يَلْزَمُهُ أو حَكَمَ الْعَبْدُ على نَفْسِهِ بِفَلْسٍ هل كان يَعْتِقُ فلم يَنْعَقِدْ الْعَقْدُ أَصْلًا فَلَا يَعْتِقُ بِالْحُكْمِ وَإِنْ كَاتَبَ على أَلْفِ دِرْهَمٍ إلَى الْعَطَاءِ أو إلَى الدِّيَاسِ أو إلَى الْحَصَادِ أو نَحْوِ ذلك مِمَّا يُعْرَفُ من الْأَجَلِ جَازَ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ الْأَجَلَ مَجْهُولٌ وَجَهَالَةُ الْأَجَلِ تُبْطِلُ الْبَيْعَ فَتَبْطُلُ الْمُكَاتَبَةُ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالَةَ لم تَدْخُلْ في صُلْبِ الْعَقْدِ لِأَنَّهَا لَا تَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ وَإِنَّمَا دَخَلَتْ في أَمْرٍ زَائِدٍ ثُمَّ هِيَ غَيْرُ مُتَفَاحِشَةٍ فَلَا تُوجِبُ فَسَادَ الْمُكَاتَبَةِ كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ إلَى هذه الْأَوْقَاتِ أَنَّهُ يَفْسُدُ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ لِذَاتِهَا بَلْ لِإِفْضَائِهَا إلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْمُنَازَعَةُ قل ما تَجْرِي في هذا الْقَدْرِ في الْمُكَاتَبَةِ لِأَنَّ مَبْنَاهَا على الْمُسَامَحَةِ

بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن مَبْنَاهُ على الْمُمَاكَسَةِ فَيُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلِهَذَا جَازَتْ الْكَفَالَةُ إلَى هذه الْأَوْقَاتِ ولم يَجُزْ تَأْجِيلُ الثَّمَنِ إلَيْهَا في الْبَيْعِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ إلَى مَجِيءِ الْمَطَرِ وَهُبُوبِ الرِّيحِ لِأَنَّهُ ليس لِذَلِكَ وَقْتٌ مَعْلُومٌ فَفَحُشَتْ الْجَهَالَةُ فَإِنْ كَاتَبَهُ إلَى الْعَطَاءِ فَأُخِّرَ الْعَطَاءَ فإن الْأَجَلَ يَحِلُّ في مِثْلِ الْوَقْتِ الذي كان يَخْرُجُ فيه الْعَطَاءُ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ وَقْتَ الْعَطَاءِ لَا عَيْنَ الْعَطَاءِ وَكَذَا في الْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ

وَلَوْ كَاتَبَهُ على قِيمَتِهِ فَالْمُكَاتَبَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْقِيمَةَ تَخْتَلِفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَكَانَ الْبَدَلُ مَجْهُولَ الْقَدْرِ وأنه مَجْهُولٌ جَهَالَةً فَاحِشَةً وَلِهَذَا مُنِعَتْ صِحَّةُ

التَّسْمِيَةِ في بَابِ النِّكَاحِ حتى عُدِّلَ إلَى مَهْرِ الْمِثْلِ فَتُمْنَعُ صِحَّةُ الْمُكَاتَبَةِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ النِّكَاحَ يَجُوزُ بِدُونِ تَسْمِيَةِ الْبَدَلِ وَلَا جَوَازَ لِلْمُكَاتَبَةِ من غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْبَدَلِ فلما لم تَصِحَّ تَسْمِيَةُ الْقِيمَةِ هُنَاكَ فَلَأَنْ لَا تَصِحَّ هَهُنَا أَوْلَى وَلِأَنَّ جَهَالَةَ الْقِيمَةِ مُوجِبٌ لِلْعَقْدِ الْفَاسِدِ فَكَانَ ذِكْرُهَا نَصًّا على الْفَسَادِ بِخِلَافِ ما إذَا كَاتَبَهُ على عَبْدٍ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْعَبْدِ جَهَالَةُ الْوَصْفِ أَيْ جَيِّدٌ ورديء أو وَسَطٌ فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَقَعُ على الْوَسَطِ وَالْوَسَطُ مَعْلُومٌ عِنْدَهُمْ

أَلَا تَرَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ جَعَلَ قِيمَةَ الْوَسَطِ أَرْبَعِينَ دِينَارًا فَأَمَّا الْمُكَاتَبَةُ على الْقِيمَةِ فَلَيْسَتْ بِمُكَاتَبَةٍ على بَدَلٍ مَعْلُومٍ عِنْدَ الناس عِنْدَ إطْلَاقِ الِاسْمِ فَصَارَ كما لو كَاتَبَهُ على أَلْفٍ أو على أَلْفَيْنِ غير أَنَّهُ إذَا أَدَّى الْقِيمَةَ عَتَقَ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ له حُكْمٌ في الْجُمْلَةِ عِنْدَنَا كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ إذَا اتَّصَلَ بِهِ الدُّخُولُ حتى يَثْبُتَ الْمِلْكُ في الْبَيْعِ وَتَجِبَ الْعِدَّةُ وَالْعُقْرُ وَيَثْبُتَ النَّسَبُ في النِّكَاحِ وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ الْفَاسِدَةُ

وَلَوْ قال كَاتَبْتُك على دَرَاهِمَ فَالْمُكَاتَبَةُ بَاطِلَةٌ وَلَوْ أَدَّى ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ الْبَدَلَ مَجْهُولٌ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً وَلَيْسَ لِلدَّرَاهِمِ وَسَطٌ مَعْلُومٌ حتى يَقَعَ عليه الِاسْمُ بِخِلَافِ ما إذَا قال أَعْتَقْتُك على درهم (((دراهم))) فَقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ وَتَلْزَمُهُ قِيمَةُ نَفْسِهِ لِأَنَّ الْعِتْقَ هُنَاكَ وَقَعَ بِالْقَبُولِ وَالْجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةٌ فَلَزِمَهُ قِيمَةُ نَفْسِهِ وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْرًا فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْخِدْمَةَ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهَا مُخْتَلِفَةٌ وَلَا يَدْرِي في أَيِّ شَيْءٍ يَسْتَخْدِمُهُ وَأَنَّهُ يَسْتَخْدِمُهُ في الْحَضَرِ أو في السَّفَرِ وَجَهَالَةُ البذل (((البدل))) تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكِتَابَةِ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْخِدْمَةَ الْمُطْلَقَةَ تَنْصَرِفُ إلَى الْخِدْمَةِ الْمَعْهُودَةِ فَتَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْعَادَةِ وَبِحَالِ الْمَوْلَى أَنَّهُ في أَيِّ شَيْءٍ يَسْتَخْدِمُهُ وَبِحَالِ الْعَبْدِ أَنَّهُ لِأَيِّ شَيْءٍ يَصْلُحُ فَصَارَ كما لو عَيَّنَهَا نَصًّا وَلِهَذَا جَازَتْ الْإِجَارَةُ على هذا الْوَجْهِ فَالْمُكَاتَبَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا أَقْبَلُ لِلْجَهَالَةِ من الْإِجَارَةِ

وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَنْ يَخْدُمَ رَجُلًا شَهْرًا فَهُوَ جَائِزٌ في الْقِيَاسِ كَذَا ذَكَرَهُ في الْأَصْلِ ولم يُرِدْ بِهِ قِيَاسَ الْأَصْلِ لِأَنَّ ذلك يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْقِيَاسَ على الِاسْتِحْسَانِ الذي ذَكَرْنَا وَيَجُوزُ الْقِيَاسُ على مَوْضِعِ الِاسْتِحْسَانِ إذَا كان الْحُكْمُ في الِاسْتِحْسَانِ مَعْقُولَ الْمَعْنَى كَقِيَاسِ الْجِمَاعِ نَاسِيًا على قِيَاسِ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ نَاسِيًا وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ في الْعُقُودِ وَأَنَّهَا تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِذِكْرِ الْمُدَّةِ فَلَا فَرْقَ بين أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَخْدُمَهُ أو لِيَخْدُمَ غَيْرَهُ

وَكَذَلِكَ لو كَاتَبَهُ على أَنْ يَحْفِرَ بِئْرًا قد سَمَّى له طُولَهَا وَعُمْقَهَا وَمَكَانَهَا أو على أَنْ يَبْنِيَ له دَارًا وأراه آجُرَّهَا وَجِصَّهَا وما يَبْنِي بها لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على بَدَلٍ مَعْلُومٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِجَارَةَ عليه جَائِزَةٌ فَالْكِتَابَةُ أَوْلَى وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَنْ يَخْدُمَهُ ولم يذكر الْوَقْتَ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْبَدَلَ مَجْهُولٌ

وَمِنْهَا أن (((ألا))) لا يَكُونَ الْبَدَلُ مِلْكَ الْمَوْلَى وهو شَرْطُ الِانْعِقَادِ حتى لو كَاتَبَهُ على عَيْنٍ من أَعْيَانِ مَالِ الْمَوْلَى لم يَجُزْ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُكَاتَبَةً بِغَيْرِ بَدَلٍ في الْحَقِيقَةِ فَلَا يَجُوزُ كما إذَا بَاعَ دَارِهِ من إنْسَانٍ بِعَبْدٍ هو لِصَاحِبِ الدَّارِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعًا بِغَيْرِ ثَمَنٍ في الْحَقِيقَةِ كَذَا هذا

وَكَذَا لو كَاتَبَهُ على ما في يَدِ الْعَبْدِ من الْكَسْبِ وَقْتَ الْمُكَاتَبَةِ لِأَنَّ ذلك مَالُ الْمَوْلَى فَيَكُونُ مُكَاتَبَةً على مَالِ الْمَوْلَى فلم يَجُزْ

وَأَمَّا كَوْنُ الْبَدَلِ دَيْنًا فَهَلْ هو شَرْطُ جَوَازِ الْكِتَابَةِ بِأَنْ كَاتَبَهُ على شَيْءٍ بِعَيْنِهِ من عَبْدٍ أو ثَوْبٍ أو دَارٍ أو غَيْرِ ذلك مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وهو ليس من أَعْيَانِ

مَالِ الْمَوْلَى وَلَا كَسْبِ الْعَبْدِ وَلَكِنَّهُ مِلْكُ أَجْنَبِيٍّ وهو مُعَيَّنٌ مُشَارٌ إلَيْهِ ذَكَرَ في كِتَابِ الْمُكَاتَبِ إذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ على عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ لم يَجُزْ ولم يُذْكَرْ الْخِلَافُ وَذَكَرَ في كِتَابِ الشُّرْبِ إذَا كَاتَبَهُ على أَرْضٍ لِرَجُلٍ جاز (((جاوز))) ولم يذكر الْخِلَافَ وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ الْخِلَافَ فقال لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إنْ أَجَازَ صَاحِبُهُ جَازَ وَإِلَّا لم يَجُزْ وَإِطْلَاقُ رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَجُوزَ أَجَازَ أو لم يُجِزْ وَإِطْلَاقُ رِوَايَةِ كِتَابِ الشُّرْبِ يَقْتَضِي الْجَوَازَ أَجَازَ أو لم يُجِزْ وَلِأَنَّهُ لَمَّا أجاز (((جاز))) عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ فَعِنْدَ الْإِجَازَةِ أَوْلَى وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ

(4/139)

تَفْسِيرًا لِلرِّوَايَتَيْنِ الْمُبْهَمَتَيْنِ فَتُحْمَلُ رِوَايَةُ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ على حَالِ عَدَمِ الْإِجَازَةِ
وَرِوَايَةُ كِتَابِ الشُّرْبِ على حَالِ الْإِجَازَةِ وَجْهُ رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ أَنَّهُ كَاتَبَهُ على مَالٍ لَا يَمْلِكُ لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على عَبْدٍ هو مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَا يَجُوزُ وَبِهِ عَلَّلَ في الْأَصْلِ فقال لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على ما لَا يَمْلِكُ لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على مِلْكِ الْغَيْرِ وَشَرْحُ هذا التَّعْلِيلِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ عَقْدٌ وُضِعَ لِإِكْسَابِ الْمَالِ وَالْعَبْدُ لَا يَقْدِرُ على إكْسَابِ هذا الْعَيْنِ لَا مَحَالَةَ لِأَنَّ مَالِكَ الْعَبْدِ قد يَبِيعُهُ وقد لَا يَبِيعُهُ فَلَا يَحْصُلُ ما وُضِعَ له الْعَقْدُ وَلِأَنَّا لو قَضَيْنَا بِصِحَّةِ هذه الْمُكَاتَبَةِ لَفَسَدَتْ من حَيْثُ تَصِحُّ لِأَنَّهُ إذَا كَاتَبَهُ على عَبْدٍ هو مِلْكُ الْغَيْرِ ولم يُجِزْ الْمَالِكُ فَقَدْ تَعَذَّرَ عليه التَّسْلِيمُ فَكَانَ مُوجِبُهَا وُجُوبَ قِيمَةِ الْعَبْدِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ على قِيمَةِ عَبْدٍ فَيَفْسُدُ من حَيْثُ يَصِحُّ وما كان في تَصْحِيحِهِ إفْسَادُهُ فَيَقْضِي بِفَسَادِهِ من الْأَصْلِ أو يُقَالُ إذَا تَعَذَّرَ عليه التَّسْلِيمُ فَإِمَّا أَنْ تَجِبَ عليه قِيمَةُ الْعَبْدِ أو قِيمَةُ نَفْسِهِ وَكُلُّ ذلك فَاسِدٌ
وَجْهُ رِوَايَةِ كِتَابِ الشُّرْبِ وهو الْمَرْوِيُّ عن أبي يُوسُفَ أَيْضًا أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ في مَعْنَى الْإِعْتَاقِ على مَالٍ ثُمَّ لو أَعْتَقَ عَبْدَهُ على عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ فَقَبِلَ الْعَبْدُ جَازَ
وَجْهُ ما رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ من التَّوَقُّفِ على الْإِجَازَةِ أَنَّ هذا عَقْدٌ له مُجِيزٌ حَالَ وُقُوعِهِ فَيَتَوَقَّفُ على الْإِجَازَةِ كَالْمَبِيعِ وَكَذَلِكَ كلما عَيَّنَهُ من مَالِ غَيْرِهِ من عَرَضٍ أو مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تَتَعَيَّنُ في الْعُقُودِ بِالتَّعْيِينِ فَكَانَتْ كَالْعَبْدِ
وَلَوْ قال كَاتَبْتُك على أَلْفِ فُلَانٍ هذه جَازَتْ الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَيَقَعُ الْعَقْدُ على مِثْلِهَا في الذِّمَّةِ لَا على عَيْنِهَا فَيَجُوزُ وَإِنْ أَدَّى غَيْرَهَا عَتَقَ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ وَقَعَتْ على ما في الذِّمَّةِ وَسَوَاءٌ كان الْبَدَلُ قَلِيلًا أو كَثِيرًا لِأَنَّ دَلَائِلَ جَوَازِ الْمُكَاتَبَةِ لَا يَفْصِلُ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَسَوَاءٌ كان مُؤَجَّلًا أو غير مُؤَجَّلٍ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ إلَّا مُؤَجَّلًا وهو على قَلْبِ الِاخْتِلَافِ في السَّلَمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إلَّا مُؤَجَّلًا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَغَيْرَ مُؤَجَّلٍ فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا خِلَافَ في جَوَازِ الْمُكَاتَبَةِ على بَدَلٍ مُؤَجَّلٍ
وَاخْتُلِفَ في الْجَوَازِ على بَدَلٍ غَيْرِ مُؤَجَّلٍ قال أَصْحَابُنَا يَجُوز
وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ إلَّا مُؤَجَّلًا مُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْعَبْدَ عَاجِزٌ عن تَسْلِيمِ الْبَدَلِ عِنْدَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ لَا مَالَ له

وَالْعَجْزُ عن التَّسْلِيمِ عِنْدَ الْعَقْدِ بمنع (((يمنع))) انْعِقَادَهُ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو طَرَأَ على الْعَقْدِ يَرْفَعُهُ فإذا قَارَنَهُ يَمْنَعُهُ من الِانْعِقَادِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلُ من الرَّفْعِ وَكَذَا مَأْخَذُ الِاسْمِ يَدُلُّ على ما قُلْنَا فإن الْكِتَابَةَ مَأْخُوذَةٌ من الْكِتَابِ وَالْكِتَابُ يُذْكَرُ بِمَعْنَى الْأَجَلِ قال اللَّهُ عز وجل { وما أَهْلَكْنَا من قَرْيَةٍ إلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ } أَيْ أَجَلٌ لَا يَتَقَدَّمُ وَلَا يَتَأَخَّرُ فسمى هذا عَقْدُ كِتَابَةٍ لِكَوْنِ الْبَدَلِ فيه مُؤَجَّلًا وَيُذْكَرُ بِمَعْنَى الْكِتَابِ الْمَعْرُوفِ وهو الْمَكْتُوبُ سمي الْعَقْدُ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْبَدَلَ يُكْتَبُ في الدِّيوَانِ وَالْحَاجَةُ إلَى الْكِتَابَةِ لِلْمُؤَجَّلِ لَا لِلْحَالِ فَكَانَ الْأَجَلُ فيه شَرْطًا كَالْمُسَلَّمِ لَمَّا كان مَأْخُوذًا من التَّسْلِيمِ كان تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فيه شَرْطًا لِجَوَازِ السَّلَمِ وَكَذَا الصَّرْفُ لَمَّا كان ينبىء عن نَقْلِ الْبَدَلِ من يَدٍ إلَى يَدٍ كان الْقَبْضُ فيه من الْجَانِبَيْنِ شَرْطًا كَذَا هذا

وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْحَالِ وَالْمُؤَجَّلِ وَلِأَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ دَيْنٌ يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ بِهِ قبل الْقَبْضِ فَلَا يُشْتَرَطُ فيه التَّأْجِيلُ كَسَائِرِ الدُّيُونِ بِخِلَافِ بَدَلِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أن الْعَبْدَ عَاجِزٌ عن تَسْلِيمِ الْبَدَلِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَمُسَلَّمٌ لَكِنَّ الْأَدَاءَ يَكُونُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَيَحْتَمِلُ حُدُوثَ الْقُدْرَةِ بَعْدَهُ بِأَنَّهُ يَكْتُبُ مَالًا بِقَبُولِ هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ فَيُؤَدِّي بَدَلَ الْكِتَابَةِ

وَأَمَّا مَأْخَذُ الِاسْمِ فَالْكِتَابَةُ تَحْتَمِلُ معان (((معاني))) يُقَالُ كَتَبَ أَيْ أَوْجَبَ قال اللَّهُ تَعَالَى { كَتَبَ على نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ } وَكَتَبَ أَيْ ثَبَّتَ قال اللَّهُ تَعَالَى { كَتَبَ في قُلُوبِهِمْ الْإِيمَانَ } وَكَتَبَ أَيْ حَكَمَ وَقَضَى قال اللَّهُ تَعَالَى { كَتَبَ اللَّهُ لَأَغْلِبَنَّ أنا وَرُسُلِي } وَشَيْءٌ من هذه الْمَعَانِي لَا ينبىء عن التَّأْجِيلِ ثُمَّ إذَا كانت الْمُكَاتَبَةُ حَالَّةً فَإِنْ أَدَّى الْبَدَلَ حين طَالَبَهُ الْمَوْلَى بها وَإِلَّا يُرَدُّ في الرِّقِّ سَوَاءٌ شُرِطَ ذلك في الْعَقْدِ أو لم يُشْرَطْ بِأَنْ قال له إنْ لم تُؤَدِّهَا إلى حَالَّةً فَأَنْتَ رَقِيقٌ أو لم يَقُلْ لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على بَدَلٍ مَوْصُوفٍ بِصِفَةِ الْحُلُولِ فلم يَكُنْ را ضيا بِدُونِ تِلْكَ الصِّفَةِ وَكَذَلِكَ إذَا كانت مُنَجَّمَةً بِنُجُومٍ معلوم (((معلومة))) فَعَجَزَ عن أَوَّلِ نَجْمٍ منها يُرَدُّ إلَى الرِّقِّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يُرَدُّ حتى يَتَوَالَى عليه نَجْمَانِ

احْتَجَّ أبو يُوسُفَ بِمَا روى عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال الْمُكَاتَبُ إذَا تَوَالَى عليه نَجْمَانِ رُدَّ في الرِّقِّ فَقَدْ شَرَطَ حُلُولَ

نَجْمَيْنِ لِلرَّدِّ في الرِّقِّ وَلِأَنَّ الْعَجْزَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا عِنْدَ حُلُولِ نَجْمَيْنِ لِجَوَازِ أَنْ يُقْرِضَهُ إنْسَانٌ أو يَحْصُلَ له مَالٌ من مَوْضِعٍ آخَرَ فَيُؤَدِّيَ فإذا اجْتَمَعَ عليه مَالُ نَجْمَيْنِ فَقَدْ تَحَقَّقَ عَجْزُهُ

وَلَهُمَا ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا له فَعَجَزَ عن نَجْمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهُ إلَى الرِّقِّ وَالظَّاهِرُ أَنَّ ذلك كان على عِلْمٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ فَيَكُونَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْمَوْلَى شَرَطَ عليه في كل نَجْمٍ قَدْرًا من الْمَالِ وإنه شَرْطٌ مُعْتَبَرٌ مُفِيدٌ من شَرَائِطِ الْكِتَابَةِ فَكَانَ له أَنْ يَرُدَّهُ إلَى الرِّقِّ عِنْدَ فَوَاتِهِ كما لو عَجَزَ عن نَجْمَيْنِ

وَأَمَّا احْتِجَاجُهُ بِقَوْلِ عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه فَغَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّهُ احْتِجَاجٌ بالمسكوت (((بالسكوت))) لِأَنَّ فيه أَنَّهُ إذَا تَوَالَى عليه نَجْمَانِ يُرَدُّ إلَى الرِّقِّ وَلَيْسَ فيه

أَنَّهُ إذَا كَسَرَ نَجْمًا وَاحِدًا مَاذَا حُكْمُهُ أو يُحْمَلُ على النَّدْبِ وَبِهِ نَقُولُ أن الْمُكَاتَبَ إذَا كَسَرَ نَجْمًا يُنْدَبُ مَوْلَاهُ إلَى أَنْ لَا يَرُدَّهُ إلَى الرِّقِّ ما لم يتوالى ((يتوال)) عليه نَجْمَانِ رِفْقًا بِهِ وَنَظَرًا فَإِنْ عَجَزَ عن نَجْمَيْنِ على أَصْلِهِ أو عن نَجْمٍ على أَصْلِهِمَا فَإِنْ كان له مَالٌ حَاضِرٌ أو غَائِبٌ مَرْجُوٌّ حُضُورُهُ بِأَنْ قال لي مَالٌ على إنْسَانٍ أو حَالٌّ يَجِيءُ في الْقَافِلَةِ فإن الْقَاضِيَ يَنْتَظِرُ فيه يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةً اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ هذا الْقَدْرَ من التَّأْخِيرِ ما لَا ضَرَرَ فه ((فيه)) على الْمَوْلَى وَفِيهِ رَجَاءُ وُصُولِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى حَقِّهِ فَيَفْعَلُ الْقَاضِي ذلك عِنْدَ رَجَاءِ الْوُصُولِ

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ في قَدْرِ الْبَدَلِ أو جِنْسِهِ بِأَنْ قال الْمَوْلَى كَاتَبْتُك على أَلْفَيْنِ أو على الدَّنَانِيرِ وقال الْعَبْدُ كَاتَبْتنِي على أَلْفٍ أو على الدَّرَاهِمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْآخَرُ سَوَاءٌ كان قد أَدَّى عن بَدَلِ الْكِتَابَةِ شيئا أو كان لم يُؤَدِّ وكان يقول أو لا يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ كَالْبَيْعِ لِأَنَّ في الْمُكَاتَبَةِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ ثُمَّ رَجَعَ وقال الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحَقُّ عليه وَمَتَى وَقَعَ الِاخْتِلَافُ في قَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ أو جِنْسِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَحَقِّ عليه في الشَّرْعِ كما في سَائِرِ الدُّيُونِ وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ لِمَا نَذْكُرُ في كِتَابِ الْبُيُوعِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ في الْبَيْعِ وَأَنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ مُطْلَقًا وَالْكِتَابَةُ بِخِلَافِهِ فلم تَكُنْ في مَعْنَى الْبَيْعِ فَلَا يُقَاسُ عليه وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرُّكْنِ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ فَخُلُوُّهُ عن شَرْطٍ فَاسِدٍ وهو الشَّرْطُ الْمُخَالِفُ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ الدَّاخِلِ في صُلْبِ الْعَقْدِ من الْبَدَلِ فَإِنْ لم يُخَالِفْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ جَازَ الشَّرْطُ وَالْعَقْدُ وَإِنْ خَالَفَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لَكِنَّهُ لم يَدْخُلْ في صُلْبِهِ يَبْطُلْ الشَّرْطُ وَيَبْقَى الْعَقْدُ صَحِيحًا وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ في جَانِبِ الْمَعْقُودِ عليه وهو الْعَبْدُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ لِمَا فيه من فَكِّ الْحَجْرِ وَإِسْقَاطِهِ وَالْإِعْتَاقُ مِمَّا لَا يُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ وَفِيمَا يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ وَجَانِبُ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَوْلَى عَقَدَ عَقْدًا يؤول ((يئول)) إلَى زَوَالِ مِلْكِهِ عنه فَكَانَ كَالْبَيْعِ وَالْبَيْعُ مِمَّا يُفْسِدُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ لِنَهْيِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن بَيْعٍ وَشَرْطٍ فَيُجْعَلُ من الشُّرُوطِ الدَّاخِلَةِ في صُلْبِ الْعَقْدِ كَالْبَيْعِ فَيَعْمَلُ فيه الشَّرْطُ الْفَاسِدُ وَفِيمَا لَا يَدْخُلُ في صُلْبِ الْعَقْدِ من الشُّرُوطِ يُجْعَلُ كَالْإِعْتَاقِ فَلَا يُؤَثِّرُ فيه الشَّرْطُ الْفَاسِدُ عَمَلًا بِالْمَعْنَيَيْنِ جميعا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ

وَعَلَى هذا مَسَائِلُ إذَا كَاتَبَ جَارِيَةً على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنْ يَطَأَهَا ما دَامَتْ مُكَاتَبَةً أو على أَنْ يَطَأَهَا مَرَّةً فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ لِكَوْنِهِ مُخَالِفًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّ عَقْدَ الْمُكَاتَبَةِ يُوجِبُ حُرْمَةَ الْوَطْءِ وَأَنَّهُ دخل في صُلْبِ الْعَقْدِ لِدُخُولِهِ في الْبَدَلِ حَيْثُ جَعَلَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَوَطِئَهَا فَفَسَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ

وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنْ لَا تَخْرُجَ من الْمِصْرِ أو على أَنْ لَا يُسَافِرَ فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي انْفِكَاكَ الْحَجْرِ وَانْفِتَاحَ طَرِيقِ الْإِطْلَاقِ له إلَى أَيِّ بَلَدٍ وَمَكَانٍ شَاءَ فَيَفْسُدُ الشَّرْطُ لَكِنْ لَا يَفْسُدُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ لأن شَرْطٌ لَا يَرْجِعُ إلَى صُلْبِ الْعَقْدِ وَمِثْلُهُ من الشُّرُوطِ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ لِمَا بَيَّنَّا من الْفِقْهِ فَلَوْ أنها أَدَّتْ الْأَلْفَ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى عَتَقَتْ في قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال بِشْرُ بن غِيَاثٍ الْمَرِيسِيِّ لَا تَعْتِقُ وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْمَوْلَى جَعَلَ شَرْطَ الْعِتْقِ شَيْئَيْنِ الْأَلْفَ وَوَطْأَهَا وَالْمُعَلَّقَ بِشَرْطَيْنِ لَا يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ أَحَدِهِمَا كما إذَا كَاتَبَهَا على أَلْفٍ وَرِطْلٍ من خَمْرٍ فَأَدَّتْ الْأَلْفَ دُونَ الْخَمْرِ

وَلَنَا أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا في الْمُكَاتَبَةِ فَلَا يَتَعَلَّقُ الْعِتْقُ بِهِ فَأُلْحِقَ ذِكْرُهُ بِالْعَدَمِ بِخِلَافِ الْخَمْرِ فإنه يَصْلُحُ عِوَضًا في الْجُمْلَةِ لِكَوْنِهِ مَالًا مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ فلم يُلْحَقْ بِالْعَدَمِ وَتَعَلَّقَ الْعِتْقِ بِأَدَائِهَا ثُمَّ إذَا أَدَّتْ فَعَتَقَتْ يُنْظَرُ إلَى قِيمَتِهَا فَإِنْ كانت قِيمَتُهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْلَى عليها

(4/141)

وَلَا لها على الْمَوْلَى لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ بِالْقِيمَةِ لِكَوْنِهَا مَقْبُوضَةً بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ وَالْمَقْبُوضُ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ مَضْمُونٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ عليه رَدُّهُ وهو عَاجِزٌ عن رَدِّ عَيْنِهِ فَيَرُدُّ الْقِيمَةَ لِقِيَامِهَا مَقَامَ الْعَيْنِ كَذَا هَهُنَا وَجَبَ عليها رَدُّ نَفْسِهَا وقد عَجَزَتْ لِنُفُوذِ الْعِتْقِ فيها فَتَرُدُّ الْقِيمَةَ وَهِيَ أَلْفُ دِرْهَمٍ وقد وَصَلَ بِتَمَامِهِ إلَى الْمَوْلَى فَلَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا بَعْدَ ذلك على صَاحِبِهِ سَبِيلٌ كما لو بَاعَ رَجُلٌ من آخَرَ عَبْدَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَرَطْلٍ من خَمْرٍ وَقَبَضَ الْبَائِعُ الْأَلْفَ وسلم الْعَبْدَ إلَى الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ في يَدِهِ لَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ لِوُصُولِ ما يَسْتَحِقُّهُ الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي إلَيْهِ فَكَذَا هَهُنَا
وَإِنْ كانت قِيمَةُ الْجَارِيَةِ أَكْثَرَ من أَلْفٍ رَجَعَ الْمَوْلَى عليها بِمَا زَادَ على الْأَلْفِ لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ بِكَمَالِ قِيمَتِهَا وما أَدَّتْ إلَيْهِ كَمَالَ قِيمَتِهَا فَيَرْجِعُ عليها وَصَارَ هذا كما إذَا بَاعَ عَبْدَهُ من ذِمِّيٍّ بِأَلْفٍ وَرَطْلٍ من خَمْرٍ وَقَبَضَ الْأَلْفَ وسلم الْعَبْدَ وَهَلَكَ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ من أَلْفٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا زَادَ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَإِنْ كانت قِيمَةُ الْمُكَاتَبَةِ أَقَلَّ من الْأَلْفِ وَأَدَّتْ الْأَلْفَ وَعَتَقَتْ هل تَرْجِعُ على الْمَوْلَى بِمَا أَخَذَ من الزِّيَادَةِ على قِيمَتِهَا قال أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ ليس لها أَنْ تَرْجِعَ وقال زُفَرُ لها أَنْ تَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ على الْمَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَوْلَى أَخَذَ منها زِيَادَةً على ما يَسْتَحِقُّهُ عليها فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ مَأْخُوذَةً بِغَيْرِ حَقٍّ فَيَجِبُ رَدُّهَا كما في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إذَا اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ أَنَّهُ إنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من الثَّمَنِ يَرْجِعْ الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي بِالزِّيَادَةِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ يَرْجِعْ الْمُشْتَرِي على الْبَائِعِ بِفَضْلِ الثَّمَنِ كَذَا هَهُنَا
وَلَنَا أنها لو رَجَعَتْ عليه لَأَدَّى إلَى إبْطَالِ الْعِتْقِ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِأَدَاءِ الكاتبة (((الكتابة))) فَلَوْ لم يَسْلَمْ المؤدي لِلْمَوْلَى لَا يَسْلَمُ الْعِتْقُ لِلْمُكَاتَبَةِ وَالْعِتْقُ سَالِمٌ لها فَيَسْلَمُ المؤدي لِلْمَوْلَى لِأَنَّ عَقْدَ الْمُكَاتَبَةِ مُشْتَمِلٌ على الْمُعَاوَضَةِ وَعَلَى التَّعْلِيقِ وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الْمُعَاوَضَةِ يُوجِبُ لها حَقَّ الرُّجُوعِ عليه بِمَا زَادَ على الْقِيمَةِ وَاعْتِبَارُ مَعْنَى التَّعْلِيقِ لَا يُوجِبُ لها حَقَّ الرُّجُوعِ كما لو قال لها إنْ أَدَّيْتِ إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَأَدَّتْ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ عَتَقَتْ وَلَا تَرْجِعُ عليه بِشَيْءٍ فَيَقَعُ الشَّكُّ في ثُبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ فَلَا يَثْبُتُ مع الشَّكِّ وَكَذَا لو كَاتَبَهَا وَهِيَ حَامِلٌ على أَلْفٍ أَنَّ ما في بَطْنِهَا من وَلَدٍ فَهُوَ له وَلَيْسَ في الْمُكَاتَبَةِ أو كَاتَبَ أَمَةً على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّ كُلَّ وَلَدٍ تَلِدُهُ فَهُوَ لِلسَّيِّدِ فَالْمُكَاتَبَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّهُ شَرَطَ شَرْطًا مُخَالِفًا لِمُوجِبِ الْعَقْدِ لِأَنَّ مُوجِبَهُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَلَدٍ تَلِدُهُ يَكُونُ مُكَاتَبًا تَبَعًا لها فَكَانَ هذا شَرْطًا فَاسِدًا وأنه دَاخِلٌ في صُلْبِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ وَإِنْ أَدَّتْ الْأَلْفَ عَتَقَتْ لِمَا قُلْنَا ثُمَّ إذَا عَتَقَتْ يُنْظَرُ إلَى قِيمَتِهَا وَإِلَى الْمُؤَدَّى على ما ذَكَرْنَا
وَكَذَا لو كَاتَبَ عَبْدَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَعَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ ولم يُبَيِّنْ مِقْدَارَ الْخِدْمَةِ

فَأَدَّى الْأَلْفَ عَتَقَ لِمَا قُلْنَا ثُمَّ يُنْظَرُ إلَى قِيمَته وَإِلَى الْأَلْف على ما وَصَفْنَا
وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَلْفٍ مُنَجَّمَةٍ على أَنَّهُ إنْ عَجَزَ عن نَجْمٍ منها فَمُكَاتَبَتُهُ أَلْفَا دِرْهَمٍ لم تَجُزْ هذه الْمُكَاتَبَةُ لِتَمَكُّنِ الْعُذْرِ في الْبَدَلِ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّهُ يَعْجِزُ أو لَا يَعْجِزُ وَيُمْكِنُ الْجَهَالَةُ فيه جَهَالَةً فَاحِشَةً فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ وَلِنَهْيِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن صَفْقَتَيْنِ في صَفْقَةٍ وَهَذَا كَذَلِكَ
وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَلْفٍ يُؤَدِّيهَا إلَى غَرِيمٍ له فَهُوَ جَائِزٌ وَكَذَا إذَا كَاتَبَهُ على أَلْفٍ يَضْمَنُهَا لِرَجُلٍ عن سَيِّدِهِ فَالْمُكَاتَبَةُ وَالضَّمَانُ جَائِزَانِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ إذَا بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ يُؤَدِّيهَا إلَى فُلَانٍ أو على أَنْ يَضْمَنَهَا الْمُشْتَرِي عن الْبَائِعِ لِفُلَانٍ أن الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وهو الشَّرْطُ الْمُخَالِفُ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَالْكِتَابَةُ لَا تَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ إذَا لم تَكُنْ في صُلْبِ الْعَقْدِ كما لو كَاتَبَهُ على أَلْفٍ على أَنْ لَا يَخْرُجَ من الْمِصْرِ أو لَا يُسَافِرَ إلَّا أَنَّ هُنَاكَ شَرْطَ الضَّمَانِ بَاطِلٌ وَهَهُنَا جَائِزٌ لِأَنَّ ضَمَانَ الْمُكَاتَبِ عن سَيِّدِهِ وَكَفَالَتَهُ عنه بِمَا عليه مُقَيَّدًا جَائِزٌ لِأَنَّ ذلك وَاجِبٌ عليه فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا في الضَّمَانِ وَضَمَانُ الْمُكَاتَبِ عن الْأَجْنَبِيِّ إنَّمَا لَا يَصِحُّ لِكَوْنِهِ مُتَبَرِّعًا ولم يُوجَدْ فَإِنْ كَاتَبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ مُنَجَّمَةً على أَنْ يُؤَدِّيَ إلَيْهِ مع كل نَجْمٍ ثَوْبًا وَسَمَّى نَوْعَهُ جَازَ لِأَنَّ مُكَاتَبَتَهُ على بَدَلٍ مَعْلُومٍ حَيْثُ سَمَّى نَوْعَ الثَّوْبِ فَصَارَ الْأَلْفُ مع الثَّوْبِ بَدَلًا كَامِلًا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْلُومٌ أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لو انْفَرَدَ في الْعَقْدِ جَازَ وَكَذَا إذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا وقد قال أَصْحَابُنَا أنه لو ذَكَرَ مِثْلَ ذلك في الْبَيْعِ جَازَ بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُك هذا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنْ تُعْطِيَنِي معه مِائَةَ دِينَارٍ وَتَصِيرَ الْأَلْفُ وَالْمِائَةُ دِينَارٍ ثَمَنًا لِمَا قُلْنَا كَذَا هَهُنَا
وَكَذَلِكَ إنْ قال على أَنْ تُعْطِيَنِي مع كُلِّ نَجْمٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَكَذَلِكَ لو قال على أَنْ تُؤَدِّيَ مع مُكَاتَبَتِك أَلْفَ دِرْهَمٍ لِأَنَّ الْكُلَّ صَارَ بَدَلًا في الْعَقْدِ
وَلَوْ كَاتَبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَهِيَ قِيمَتُهُ على أَنَّهُ إذَا أَدَّى وَعَتَقَ عليه فَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى جَازَ وكان الْأَمْرُ على ما قَالَهُ إذَا

أَدَّى الْأَلْفَ عَتَقَ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّهُ لو جَعَلَ الْأَلْفَيْنِ جميعا بَدَلَ الْكِتَابَةِ لَجَازَ وَلَوْ جَعَلَهُمَا جميعا بَعْدَ الْعِتْقِ لَجَازَ كَذَا إذَا جَعَلَ الْبَعْضَ قبل الْعِتْقِ وَالْبَعْضَ بَعْدَهُ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ وَإِنْ كَاتَبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ على نَفْسِهِ وَمَالِهِ يَعْنِي على أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ أَحَقَّ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ فَهُوَ جَائِزٌ
وَإِنْ كان لِلْعَبْدِ أَلْفٌ أو أَكْثَرُ وَلَا يَدْخُلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَبْدِهِ رِبًا كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَيْعِ إذَا بَاعَ عَبْدَهُ مع مَالِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَمَالُ الْعَبْدِ أَلْفُ دِرْهَمٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْأَلْفَ يُقَابِلُ الْأَلْفَ فَيَبْقَى الْعَبْدُ زِيَادَةً في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونَ رِبًا وَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا هَهُنَا لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَجْرِي بين الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ هذا مَعْنَى ما أَشَارَ إلَيْهِ في الْأَصْلِ ثُمَّ مَالُ الْعَبْدِ ما يَحْصُلُ بَعْدَ الْعَقْدَ بِتِجَارَتِهِ أو بِقَبُولِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ لِأَنَّ ذلك يُنْسَبُ إلَى الْعَبْدِ وَلَا يَدْخُلُ فيه ما كان من مَالِ الْمَوْلَى في يَدِ الْعَبْدِ وَقْتَ الْعَقْدِ لِأَنَّ ذلك لَا يُنْسَبُ إلَى الْعَبْدِ وَلَا يَدْخُلُ فيه الْأَرْشُ وَالْعُقْرُ وَإِنْ حَصَلَا بَعْدَ الْعَقْدِ يكون (((يكن))) لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَا يُنْسَبُ إلَى الْعَبْدِ بِخِلَافِ بَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَيَكُونُ رِبًا لِأَنَّ مُرَادَ مُحَمَّدٍ في قَوْلِهِ أَنَّهُ لَا يَجْرِي الرِّبَا بين الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ فِيمَا ليس

بِمُعَاوَضَةٍ مُطْلَقَةٍ
وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كان فيها مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَلَيْسَتْ بِمُعَاوَضَةٍ مُطْلَقَةٍ وَجَرَيَانُ الرِّبَا يَخْتَصُّ بِالْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَةِ بِخِلَافِ بَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ لِأَنَّ ذَاكَ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ عن كَسْبِ الْمُكَاتَبِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ اخْتَلَفَا فقال الْمَوْلَى كان هذا قبل عَقْدِ الْمُكَاتَبَةِ وقال الْمُكَاتَبُ كان ذلك بَعْدَ الْعَقْدِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ الشَّيْءَ في يَدِهِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَلَوْ قال الْعَبْدُ كَاتِبْنِي على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنْ أُعْطِيَهَا من مَالِ فُلَانٍ فَكَاتَبَهُ على ذلك جَازَتْ الْكِتَابَةُ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ فَاسِدٌ وَالشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ لَا تُبْطِلُ الْكِتَابَةَ إذَا لم تَكُنْ دَاخِلَةً في صُلْبِ الْعَقْدِ فَلَوْ كَاتَبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ أو على أَنَّ الْعَبْدَ بِالْخِيَارِ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ لِأَنَّ دَلَائِلَ جَوَازِ الْكِتَابَةِ لَا تُوجِبُ الْفَصْلَ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ قد تَدْعُو إلَى شَرْطِ الْخِيَارِ في الْمُكَاتَبَةِ كما تَدْعُو إلَيْهِ في الْبَيْعِ وهو الْحَاجَةُ إلَى التَّأَمُّلِ وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ وَلَا يُعْتَبَرُ فيه الْقَبْضُ في الْمَجْلِسِ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ فيه خِيَارُ الشَّرْطِ كَالْبَيْعِ
فَإِنْ قِيلَ ثُبُوتُ الْخِيَارِ في الْبَيْعِ اسْتِحْسَانٌ عِنْدَكُمْ فَلَا يَجُوزُ قِيَاسُ غَيْرِهِ عليه فَالْجَوَابُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ عِنْدَنَا يَجُوزُ الْقِيَاسُ على مَوْضِعِ الِاسْتِحْسَانِ بِشَرْطِهِ وهو أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ في مَوْضِعِ الِاسْتِحْسَانِ مَعْقُولَ الْمَعْنَى وَيَكُونَ مِثْلُ ذلك الْمَعْنَى مَوْجُودًا في مَوْضِعِ الْقِيَاسِ وقد وُجِدَ هَهُنَا على ما ذَكَرْنَا وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ فيه أَكْثَرَ من ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَإِنْ أَبْطَلَ خِيَارَهُ في الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ جَازَ كَالْبَيْعِ وَإِنْ لم يُبْطِلْ حتى مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ يَتَمَكَّنْ الْفَسَادُ كما في الْبَيْعِ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ قَلَّتْ الْمُدَّةُ أو كَثُرَتْ بَعْدَ أَنْ كانت مَعْلُومَةً من شَهْرٍ أو نَحْوِ ذلك كما في الْبَيْعِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ من التَّصَرُّفَاتِ وما لَا يَمْلِكُهُ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ لِأَنَّهُ صَارَ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ من بَابِ التِّجَارَةِ وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ وَكَثِيرِهِ وَبِأَيِّ جِنْسٍ كان وَبِالنَّقْدِ وَبِالنَّسِيئَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُ الْبَيْعَ إلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ وَبِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَبِالنَّقْدِ لَا بِالنَّسِيئَةِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ من مَوْلَاهُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ فِيمَا يَرْجِعُ إلَى مَكَاسِبِهِ وَمَنَافِعِهِ كَالْحُرِّ فَكَانَ فيها بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ من مَوْلَاهُ وَشِرَاؤُهُ منه كما يَجُوزُ ذلك من الْأَجْنَبِيِّ إلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ له أَنْ يَبِيعَ ما اشْتَرَى من مَوْلَاهُ مُرَابَحَةً إلَّا أَنْ يُبَيِّنَ وَكَذَلِكَ الْمَوْلَى فِيمَا اشْتَرَى منه لِأَنَّ بَيْعَ الْمُرَابَحَةِ بَيْعُ أَمَانَةٍ فَيَجِبُ صِيَانَتُهُ عن الْخِيَانَةِ وَشُبْهَةِ الْخِيَانَةِ ما أَمْكَنَ وَكَسْبُ الْمُكَاتَبِ مَالُ الْمَوْلَى من وَجْهٍ فَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ حتى يرتفع (((ترتفع))) الشُّبْهَةُ وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يَبِيعَ من مَوْلَاهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ لِأَنَّهُ بِعَقْدِ الْمُكَاتَبَةِ صَارَ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ فَصَارَ الأجنبي (((كالأجنبي))) في الْمُعَاوَضَةِ الْمُطْلَقَةِ
وَكَذَا لَا يَجُوزُ ذلك لِلْمَوْلَى لِمَا بَيَّنَّا وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ في التِّجَارَةِ لِأَنَّ الْإِذْنَ في التِّجَارَةِ وَسِيلَةٌ إلَى الِاكْتِسَابِ وَالْمُكَاتَبُ مَأْذُونٌ في الِاكْتِسَابِ فَإِنْ لَحِقَهُ دَيْنٌ بِيعَ فيه إلَّا أَنْ يُؤَدِّيَ عنه الْمُكَاتَبُ لِأَنَّ إذْنَهُ قد صَحَّ فَصَحَّتْ اسْتِدَانَتُهُ فَيُبَاعُ فيه كما في عبدا لحر (((الحر))) وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ شيئا بَعْدَ الْبَيْعِ لِعَيْبٍ ادعى عليه أو يَزِيدَ في ثَمَنِ شَيْءٍ قد اشْتَرَاهُ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ صَارَ مَأْذُونًا بِالتِّجَارَةِ وَهَذَا من عَمَلِ التِّجَارَةِ وَلَيْسَ له أَنْ يَحُطَّ بَعْدَ

الْبَيْعِ بِغَيْرِ عَيْبٍ
وَلَوْ فَعَلَ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ من بَابِ التَّبَرُّعِ وهو لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ ما اشْتَرَى بِالْعَيْبِ إذَا لم يَرْضَ بِهِ سَوَاءٌ اشْتَرَى من أَجْنَبِيٍّ أو من مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِكَسْبِهِ من مَوْلَاهُ فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إذَا كان عليه دَيْنٌ وَلَهُ الشفعة فيما اشتراه المولى وللمولى الشُّفْعَةُ فِيمَا اشْتَرَاهُ الْمُكَاتَبُ لِأَنَّ إملاكهما مُتَمَيِّزَةٌ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا من صَاحِبِهِ فَصَارَا كَالْأَجْنَبِيَّيْنِ وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ في التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ من بَابِ الِاكْتِسَابِ وَلَا تَجُوزُ هِبَةُ الْمُكَاتَبِ شيئا من مَالِهِ وَلَا إعْتَاقُهُ سَوَاءٌ عَجَزَ بَعْدَ ذلك أو عَتَقَ وَتَرَكَ وَفَاءً لِأَنَّ هذا كُلَّهُ تَبَرُّعٌ وَكَسْبُ الْمُكَاتَبِ لَا يَحْتَمِلُ التَّبَرُّعَ
وَحُكِيَ عن ابْنِ أبي لَيْلَى أَنَّهُ قال عِتْقُهُ وَهِبَتُهُ مَوْقُوفَانِ فَإِنْ عَتَقَ يَوْمًا مَضَى ذلك عليه وَإِنْ رَجَعَ مَمْلُوكًا بَطَلَ ذلك
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حَالَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ بين أَنْ يَعْتِقَ وَبَيْنَ أَنْ يَعْجِزَ فَكَذَا حَالُ عِتْقِهِ وَهِبَتِهِ وَالْجَوَابُ أَنَّ الْعَقْدَ عِنْدَنَا إنَّمَا يَتَوَقَّفُ إذَا كان له مُجِيزٌ حَالَ وُقُوعِهِ وَهَهُنَا لَا مُجِيزَ لِعِتْقِهِ حَالَ وُقُوعِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ فإذا وَهَبَ هِبَةً أو تَصَدَّقَ ثُمَّ عَتَقَ رُدَّتْ إلَيْهِ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ حَيْثُ كانت لِأَنَّ هذا عَقْدٌ لَا مُجِيزَ له حَالَ وُقُوعِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ وَسَوَاءٌ كان الْإِعْتَاقُ بِغَيْرِ بَدَلٍ أو بِبَدَلٍ أَمَّا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَلِمَا قُلْنَا وَأَمَّا بِبَدَلٍ فَلِأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِبَدَلٍ ليس من بَابِ الِاكْتِسَابِ لِأَنَّ الْعِتْقَ فيه يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْقَبُولِ وَيَبْقَى الْبَدَلُ في ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ وَلَا يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ كما لَا يَمْلِكُ التَّنْجِيزَ كما لو قال له إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ حُرٌّ لَا يَصِحُّ
وَكَذَا إذَا قال إنْ أَدَّيْتِ إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ ذلك تَعْلِيقٌ وَلَيْسَ بِمُكَاتَبَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا من اكسابه اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ فَلَا يَجُوزُ كما لو أَعْتَقَهُ على مَالٍ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ نَوْعُ اكْتِسَابِ الْمَالِ وَالْمُكَاتَبُ يَمْلِكُ اكْتِسَابَ الْمَالِ وَلِهَذَا مَلَكَ الْبَيْعَ وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ على مَالٍ فإن ذلك ليس بِاكْتِسَابِ الْمَالِ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكْتَسِبَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ لَا يَكُونُ له بَلْ يَكُونُ لِلْعَبْدِ وَإِنَّمَا الْمُكَاتَبُ له دَيْنٌ يتعلق (((تعلق))) بِذِمَّةِ الْمُفْلِسِ فَكَانَ ذلك إعْتَاقًا بِغَيْرِ بَدَلٍ من حَيْثُ الْمَعْنَى وفي الْمُكَاتَبَةِ الْمَكْسَبُ يَكُونُ لِلْمُكَاتَبِ فلم يَكُنْ إعْتَاقًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَافْتَرَقَا
وَكَذَا لو اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ شِرَاءَ الْقَرِيبِ إعْتَاقٌ وهو لَا يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ وَلَوْ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من مَوْلَاهُ لَا يَعْتِقُ على مَوْلَاهُ لِأَنَّ هذا كَسْبُ الْمُكَاتَبِ وَالْمَوْلَى لو أَعْتَقَ عَبْدًا من إكسابه صَرِيحًا لَا يَعْتِقُ فَبِالشِّرَاءِ أَوْلَى فَإِنْ أَدَّى الْأَعْلَى أَوَّلًا عَتَقَ وَثَبَتَ وَلَاؤُهُ من الْمَوْلَى لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ منه فإذا أَدَّى الْأَسْفَلُ بَعْدَ ذلك يَثْبُتُ وَلَاؤُهُ من الْأَعْلَى لِأَنَّهُ بِالْعِتْقِ صَارَ من أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ منه وَإِنْ أَدَّى الْأَسْفَلُ أَوَّلًا يَعْتِقْ وَيَثْبُتْ وَلَاؤُهُ من الْمَوْلَى وَلَا يَثْبُتُ من الْأَعْلَى لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ فَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ ذلك لَا يَرْجِعُ إلَيْهِ الْوَلَاءُ لِأَنَّ وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ مَتَى ثَبَتَ لَا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَالَ بِحَالٍ وَإِنْ أَدَّيَا جميعا مَعًا ثَبَتَ وَلَاؤُهُمَا مَعًا من الْمَوْلَى وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتِبَ وَلَدَهُ وَلَا وَالِدَهُ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ من لَا يَجُوزُ له أَنْ يَبِيعَهُ لَا يَجُوزُ له أَنْ يُكَاتِبَهُ إلَّا أُمَّ وَلَدِهِ لِأَنَّ

هَؤُلَاءِ يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْبِقَ عِتْقُهُمْ عِتْقَهُ وَلِأَنَّهُمْ قد دَخَلُوا في كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتَبُوا ثَانِيًا بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ وَلَا يَمْلِكُ التصديق (((التصدق))) إلَّا بِشَيْءٍ يَسِيرٍ حتى لَا يَجُوزَ له أَنْ يُعْطِيَ فَقِيرًا دِرْهَمًا وَلَا أَنْ يَكْسُوهُ ثَوْبًا وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُهْدِيَ إلَّا بِشَيْءٍ قَلِيلٍ من الْمَأْكُولِ وَلَهُ أَنْ يَدْعُوَ إلَى الطَّعَامِ لِأَنَّ ذلك عَمَلُ التُّجَّارِ

وقد رُوِيَ أَنَّ سَلْمَانَ رضي اللَّهُ عنه أَهْدَى إلَى رسول اللَّهِ وكان مُكَاتَبًا فَقَبِلَ ذلك منه وَكَذَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ كان يُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ وَلِأَنَّ ذلك وَسِيلَةٌ إلَى أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ يَجْذِبُ قُلُوبَ الناس فَيَحْمِلُهُمْ ذلك على الْإِهْدَاءِ إلَيْهِ فَيُمَكَّنُ من أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَيَمْلِكُ الْإِجَارَةَ وَالْإِعَارَةَ وَالْإِيدَاعَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ من التِّجَارَةِ وَلِهَذَا مَلَكَهَا الْمَأْذُونُ بِالتِّجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعِ من عَمَلِ التُّجَّارِ وَضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يُقْرِضَ لِأَنَّ الْقَرْضَ تَبَرُّعٌ بِابْتِدَائِهِ وَقِيلَ مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ أَيْ لَا يَطِيبُ لِلْمُسْتَقْرِضِ أَكْلُهُ لَا أَنْ لَا يَمْلِكَهُ الْمُسْتَقْرِضُ حتى لو تَصَرَّفَ فيه نَفَذَ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في مِلْكِهِ وَيَكُونُ الْمُسْتَقْرِضُ مَضْمُونًا عليه وَهَذَا كما قُلْنَا في حَقِّ الْإِعْتَاقِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَطِيبُ له أَكْلُهُ لَكِنَّهُ يَكُونُ مَضْمُونًا عليه حتى لو كان عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ نَفَذَ إعْتَاقُهُ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ كَذَا قَرْضُ الْمُكَاتَبِ وَلَا تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ وَلَا تَجُوزُ كَفَالَةُ الْمُكَاتَبِ بِالْمَالِ وَلَا بِالنَّفْسِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى وَلَا بِغَيْرِ إذْنِهِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ أَمَّا الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلِأَنَّهَا الْتِزَامُ تَسْلِيمِ النَّفْسِ من غَيْرِ عِوَضٍ وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ الْتِزَامُ تَسْلِيمِ الْمَالِ من

غَيْرِ عِوَضٍ إنْ كانت بِغَيْرِ إذْنِ الْمَكْفُولِ عنه وَإِنْ كانت بِإِذْنِهِ فَهِيَ وَإِنْ كانت مُبَادَلَةً في الِانْتِهَاءِ فَهِيَ تَبَرُّعٌ في الِابْتِدَاءِ وَالْمُكَاتَبُ ليس من أَهْلِ التَّبَرُّعِ وَسَوَاءٌ أَذِنَ الْمَوْلَى فيها أو لم يَأْذَنْ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَهُ فَلَا يَصِحُّ إذْنُهُ بِالتَّبَرُّعِ وَيَجُوزُ له أَنْ يَتَوَكَّلَ بِالشِّرَاءِ وَإِنْ كان ذلك يُوجِبُ ضَمَانًا عليه لِلْبَائِعِ وهو الثَّمَنُ لِأَنَّ عِنْدَ بَعْضِ مَشَايِخِنَا مِلْكُ الْمَبِيعِ يَثْبُتُ له أَوَّلًا ثُمَّ يَنْتَقِلُ منه إلَى الْمُوَكِّلِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ منه وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ إنْ كان لَا يَثْبُتُ له لَكِنْ الْوَكَالَةُ من ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ فَإِنْ أَدَّى فَعَتَقَ لَزِمَتْهُ الْكَفَالَةُ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ وَقَعَتْ صَحِيحَةً في حَقِّهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ إلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِهِ في الْحَالِ لِأَنَّهُ لم يَصِحَّ في حَقِّ الْمَوْلَى فإذا عَتَقَ فَقَدْ زَالَ حَقُّ الْمَوْلَى فَيُطَالَبُ بِهِ كَالْعَبْدِ الْمَحْجُورِ إذَا كُفِلَ ثُمَّ عَتَقَ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ إذَا كُفِلَ ثُمَّ بَلَغَ لِأَنَّ الصَّبِيَّ ليس من أَهْلِ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهُ ليس له قَوْلٌ صَحِيحٌ في نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْعَبْدِ تَصَرَّفَ في مِلْكِهِ وَتَجُوزُ كَفَالَتُهُ عن سَيِّدِهِ لِأَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَاجِبٌ عليه فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا بها وَالْأَدَاءُ إلَيْهِ وَإِلَى غَيْرِهِ سَوَاءٌ وَهَلْ يَجُوزُ له قَبُولُ الْحَوَالَةِ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إنْ كان عليه دَيْنٌ لِإِنْسَانٍ وَعَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ دَيْنٌ لِآخَرَ فَأَحَالَهُ على الْمُكَاتَبِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ ضَمِنَ مَالًا كان وَاجِبًا عليه فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا وَلَا فَرْقَ بين أَنْ يُؤَدِّيَ إلَى هذا أو إلَى غَيْرِه وَإِنْ كان لِإِنْسَانٍ على آخَرَ دَيْنٌ فَأَحَالَهُ على الْمُكَاتَبِ وَقَبِلَ الْحَوَالَةَ وَلَيْسَ عليه دَيْنٌ لِلَّذِي أَحَالَ عليه لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ حُرًّا شَرِكَةَ عِنَانٍ وَلَيْسَ له أَنْ يُشَارِكَهُ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ لِأَنَّ مَبْنَى الْمُفَاوَضَةِ على الْكَفَالَةِ وهو ليس من أَهْلِ الْكَفَالَةِ وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ غَيْرُ مَبْنِيَّةٍ على الْكَفَالَةِ بَلْ على الْوَكَالَةِ

وَالْمُكَاتَبُ من أَهْلِ الْوَكَالَةِ
وَلَوْ كَاتَبَ الرَّجُلُ عَبْدَيْنِ له مُكَاتَبَةً وَاحِدَةً على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عن صَاحِبِهِ فَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ على ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا أن كَاتَبَهُمَا على مَالٍ وَجَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلًا عن صَاحِبِهِ وَإِمَّا أن كَاتَبَهُمَا على مَالٍ ولم يَجْعَلْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلًا عن صَاحِبِهِ وَلَكِنَّهُ قال إنْ أَدَّيَا عَتَقَا وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا في الرِّقِّ وَإِمَّا أن كَاتَبَهُمَا على مَالٍ ولم يَكْفُلْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ ولم يَقُلْ أَيْضًا إنْ أَدَّيَا عَتَقَا وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا في الرِّقِّ أَمَّا إذَا كَاتَبَهُمَا على أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عن صَاحِبِهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ هذه الْكِتَابَةُ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يجوز (((تجوز))) إذَا قَبِلَا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ هذه كِتَابَةٌ بِشَرْطِ الْكَفَالَةِ وَكَفَالَةُ الْمُكَاتَبِ عن غَيْرِ الْمَوْلَى لَا تَصِحُّ وَلِأَنَّهُ كَفَالَةٌ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالْكَفَالَةُ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ بَاطِلَةٌ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا ليس بِكَفَالَةٍ في الْحَقِيقَةِ بَلْ هو تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ وَالْمَوْلَى يَمْلِكُ تَعْلِيقَ عِتْقِهِمَا بِأَدَاءِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَوْ فَعَلَ هَكَذَا كان جَائِزًا كَذَلِكَ هذا
وَأَمَّا إذَا كَاتَبَهُمَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّهُمَا إنْ أَدَّيَا عَتَقَا وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا في الرِّقِّ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ في قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ على حِدَةٍ فَأَيُّهُمَا أَدَّى حِصَّتَهُ يَعْتِقُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَلْزَمُهُ كِتَابَةُ نَفْسِهِ خَاصَّةً فَلَا يَجِبُ عليه كِتَابَةُ غَيْرِهِ ما لم يَشْتَرِطَا ولم يُوجَدْ الشَّرْطُ
وَلَنَا أَنَّ الْمَوْلَى عَلَّقَ عِتْقَهُمَا بِأَدَاءِ الْأَلْفِ فما لم يُوجَدْ لَا يَقَعُ الْعِتْقُ كما إذَا قال لِعَبْدَيْنِ له إنْ دَخَلْتُمَا هذه الدَّارَ فَأَنْتُمَا حُرَّانِ فَدَخَلَ أَحَدُهُمَا لَا يَعْتِقُ ما لم يَدْخُلَا جميعا فَكَذَلِكَ هَهُنَا لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إلَّا بِأَدَاءِ الْأَلْفِ وإذا لم يَعْتِقْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إلَّا بِأَدَاءِ الْأَلْفِ صَارَ جَمِيعُ الْأَلْفِ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَصَارَ كما إذَا كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن صَاحِبِهِ
وَنَظِيرُ هذا الِاخْتِلَافِ ما قالوا في كِتَابِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ أن من قال لِامْرَأَتَيْنِ له إنْ شِئْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَانِ أو قال لِعَبْدَيْنِ له إنْ شِئْتُمَا فَأَنْتُمَا حُرَّانِ أَنَّهُ على قَوْلِ زُفَرَ أَيُّهُمَا شَاءَ يَعْتِقُ وَانْصَرَفَ مَشِيئَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى عِتْقِ نَفْسِهِ وَطَلَاقِ نَفْسِهَا وفي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ ما لم تُوجَدْ مَشِيئَتُهُمَا جميعا في طَلَاقَيْهِمَا جميعا أو في عِتْقَيْهِمَا جميعا لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا كَذَلِكَ هَهُنَا
وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّالِثُ وهو ما إذَا كَاتَبَهُمَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ ولم يَقُلْ إنْ أَدَّيَا عَتَقَا وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا في الرِّقِّ فَأَيُّهُمَا أَدَّى حِصَّتَهُ فإنه يَعْتِقُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ لم يُعَلِّقْ عِتْقَهُمَا بِأَدَائِهِمَا جميعا فَانْصَرَفَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَيْهِ خَاصَّةً وَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبًا على حِدَةٍ ثُمَّ إذَا كَاتَبَهُمَا كِتَابَةً وَاحِدَةً فَأَدَّى أَحَدُهُمَا شيئا منه كان له أَنْ يَرْجِعَ على صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ بِخِلَافِ ما إذَا كان الدَّيْنُ على رَجُلَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عن صَاحِبِهِ فَأَدَّى أَحَدُهُمَا شيئا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ ما لم يُجَاوِزْ النِّصْفَ فإذا جَاوَزَ النِّصْفَ يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِالزِّيَادَةِ
وَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ من مَسْأَلَتِنَا هذه لو جَعَلْنَا أَدَاءً عن نَفْسِهِ أَدَّى ذلك إلَى تَغْيِيرِ شَرْطِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ يَعْتِقُ وَمِنْ شَرْطِ

الْمَوْلَى عِتْقُهُمَا جميعا فإذا كان الْأَمْرُ هَكَذَا فَكَانَ أَدَاؤُهُ عن نَفْسِهِ وَعَنْ صَاحِبِهِ حتى لَا يُؤَدِّيَ إلَى تَغَيُّرِ شَرْطِ الْمَوْلَى وَهَذَا الْمَعْنَى لم يُوجَدْ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فإن أَدَاءَهُ عن نَفَسِهِ لَا يُؤَدِّي إلَى تغيير (((تغير))) شَرْطِ الْمَوْلَى فَكَانَ أَدَاؤُهُ عن نَفْسِهِ إلَى النِّصْفِ لِأَنَّ نِصْفَ الدَّيْنِ عليه فَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْمُكَاتَبَيْنِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الْكِتَابَةِ وَيُؤْخَذُ من الْحَيِّ جَمِيعُ الْكِتَابَةِ وَبِمِثْلِهِ لو أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا سَقَطَتْ حِصَّتُهُ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ من أَهْلِ أَنْ تَكُونَ عليه الْكِتَابَةُ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ يُؤَدَّى كِتَابَتُهُ وَكَذَا لو تَرَكَ وَلَدًا تُؤْخَذُ منه الْكِتَابَةُ فَأَمَّا الْمُعْتَقُ فَلَيْسَ من أَهْلِ أَنْ تَجِبَ عليه الْكِتَابَةُ

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ لو كان وَاحِدًا فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى بَطَلَتْ عنه الْكِتَابَةُ وَكَذَلِكَ هَهُنَا تَبْطُلُ حِصَّتُهُ وَالْمَوْلَى بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ بِحِصَّتِهِ الْمُكَاتَبَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمُعْتَقَ بِحَقِّ الْكَفَالَةِ فَإِنْ أَخَذَ الْمُكَاتَبَ لَا يَرْجِعُ عليه لِأَنَّهُ أَدَّى دَيْنَ نَفْسِهِ وَإِنْ أَخَذَ الْمُعْتَقَ وَأَدَّى رَجَعَ على الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ كَفِيلُهُ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ

وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ وقد قال رسول اللَّهِ أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ وَلِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ رَقَبَةَ الْمُكَاتَبِ

وَالْمُكَاتَبُ يَمْلِكُ مَنَافِعَهُ وَمَكَاسِبَهُ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بين اثْنَيْنِ أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالنِّكَاحِ وَلَا يُزَوِّجُ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ لِأَنَّ جَوَازَ الْإِنْكَاحِ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ له إذْ هو عَبْدٌ وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدَهُ لِمَا قُلْنَا وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ وَمُكَاتَبَتَهُ لِأَنَّ تَزْوِيجَهُمَا من بَابِ الِاكْتِسَابِ وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ عَقْدُ اكْتِسَابِ الْمَالِ بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِرَقَبَتِهِ فلم يَكُنْ اكْتِسَابًا وَيَجُوزُ إقْرَارُهُ بِالدَّيْنِ وَاسْتِيفَاؤُهُ لِأَنَّ ذلك من ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالْمُكَاتَبَةُ إذْنٌ بِالتِّجَارَةِ فَكَانَ هو إذْنًا بِمَا هو من ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَلَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ في مَالِهِ وَإِنْ تَرَكَ وفاه (((وفاء))) أَمَّا إذَا لم يَتْرُكْ وفاه (((وفاء))) فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا فَلَا يجوز (((تجوز))) وَصِيَّتُهُ وَأَمَّا إذَا تَرَكَ وفاه (((وفاء))) فَلِأَنَّا وَإِنْ حَكَمْنَا بِعِتْقِهِ فَإِنَّمَا حَكَمْنَا بِهِ قُبَيْلَ الْمَوْتِ بِلَا فَصْلٍ وَتِلْكَ السَّاعَةُ لَطِيفَةٌ لَا تَتَّسِعُ لِلَفْظِ الْوَصِيَّةِ

وَلَوْ أَوْصَى ثُمَّ أَدَّى للكتابة (((الكتابة))) في حَالِ حَيَاتِهِ وَعَتَقَ فإن وَصِيَّتَهُ على ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ في وَجْهٍ لَا تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وفي وَجْهٍ تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وفي وَجْهٍ اخْتَلَفُوا فيه فَأَمَّا الْوَجْهُ الذي تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إذَا عتقت (((أعتقت))) فَثُلُثُ مالي وَصِيَّةٌ فَأَدَّى فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إلَى حَالِ الْحُرِّيَّةِ وَالْحُرُّ من أَهْلِ الْوَصِيَّةِ

وَأَمَّا الْوَجْهُ الذي لَا تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وهو أَنْ يُوصِيَ بِعَيْنِ مَالِهِ لِرَجُلٍ فَأَدَّى فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ ما أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إلَى حَالِ الْحُرِّيَّةِ وَإِنَّمَا أَوْصَى بِعَيْنِ مَالِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِمِلْكِهِ في ذلك الْوَقْتِ وهو مِلْكُ الْمُكَاتَبِ وَمِلْكُ الْمُكَاتَبِ لَا يَحْتَمِلُ التَّبَرُّعَ فَلَا يَجُوزُ إلَّا إذَا أَجَازَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْعِتْقِ فَتَجُوزُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مِمَّا يُجَوِّزُ الْإِجَازَةَ بِدَلِيلِ أَنَّ رَجُلًا لو قال لِوَرَثَتِهِ أَجَزْت لَكُمْ أَنْ تُعْطُوا ثُلُثَ مَالِي فُلَانًا كان ذلك منه وَصِيَّةً

وَأَمَّا الْوَجْهُ الذي اخْتَلَفُوا فيه فَهُوَ ما إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ ثُمَّ أَدَّى وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ قال أبو حَنِيفَةَ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ إلَّا أَنْ يُجَدِّدَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّهَا تَعَلَّقَتْ بِمِلْكِ الْمُكَاتَبِ وَمِلْكُهُ لَا يَحْتَمِلُ الْمَعْرُوفَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ تَجُوزُ وَهَذَا نَظِيرُ ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ أَنَّهُ إذَا قال الْعَبْدُ أو الْمُكَاتَبُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ إذَا أُعْتِقْت فَهُوَ حُرٌّ فَأَعْتَقَ ثُمَّ مَلَكَ مَمْلُوكًا يَعْتِقُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ لم يَقُلْ إذَا أَعْتَقْتُ لَا يَعْتِقُ بِالْإِجْمَاعِ

وَلَوْ قال كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا استقبل فَهُوَ حُرٌّ فَعَتَقَ وَمَلَكَ مَمْلُوكًا لَا يَعْتِقُ
في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَعْتِقُ وَالْحُجَجُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْعَتَاقِ
وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ قَبُولُ الصَّدَقَاتِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى في آيَةِ الصَّدَقَاتِ { وفي الرِّقَابِ } قِيلَ في التَّفْسِيرِ ما أَدَّاهَا الْمُكَاتَبُونَ وَيَحِلُّ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ ذلك من قَضَاءِ من الْمُكَاتَبَةِ وَيَحِلُّ له تَنَاوُلُهُ بَعْدَ الْعَجْزِ وَإِنْ كان الْمَوْلَى غَنِيًّا لِأَنَّ الْعَيْنَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ حُكْمًا وَإِنْ كانت عَيْنًا وَاحِدَةً حَقِيقَةً
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ أَنَّ بَرِيرَةَ رضي اللَّهُ عنها كانت يُتَصَدَّقُ عليها وَكَانَتْ تُهْدِي ذلك إلَى رسول اللَّهِ وكان يَأْكُلُ منه وَيَقُولُ هو لها صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ
وَكَذَلِكَ الْفَقِيرُ إذَا مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا جَمَعَهُ من الصَّدَقَاتِ وَوَارِثُهُ غَنِيٌّ يَحِلُّ له أَكْلُهُ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ أَوْصَى الْمُكَاتَبُ إلَى رَجُلٍ أَيْ جَعَلَهُ وَصِيًّا ثُمَّ مَاتَ فَإِنْ مَاتَ من غَيْرِ وفاه (((وفاء))) بَطَلَ إيصَاؤُهُ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا وَالْعَبْدُ ليس من أَهْلِ الْإِيصَاءِ وَإِنْ مَاتَ بعدما أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ جَازَ الْإِيصَاءُ وَتَكُونُ وَصِيَّتُهُ كَوَصِيَّةِ الْحُرِّ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ إنَّمَا تَنْتَقِلُ إلَيْهِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعِنْدَ الْمَوْتِ كان حُرًّا فَتَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إلَيْهِ فَصَارَ كَوَصِيِّ الْحُرِّ

وَإِنْ مَاتَ عن وَفَاءٍ ولم يُؤَدِّ في حَالِ حَيَاتِهِ فإن وَصِيَّهُ يَكُونُ وَصِيًّا على أَوْلَادِهِ الَّذِينَ دَخَلُوا في كِتَابَتِهِ دُونَ الْأَوْلَادِ الْأَحْرَارِ الَّذِينَ وُلِدُوا من امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَيَكُونُ أَضْعَفَ الْأَوْصِيَاءِ كَوَصِيِّ الْأُمِّ فَيَكُونُ له وِلَايَةُ الْحِفْظِ وَلَا يَكُونُ له وِلَايَةُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ على رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْقِسْمَةِ جُعِلَ كَوَصِيِّ الْأَبِ حَيْثُ أَجَازَ قِسْمَتَهُ في الْعَقَارَاتِ وَالْقِسْمَةُ تَمْنَعُ الْبَيْعَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُ الْمَوْلَى من التَّصَرُّفِ في الْمُكَاتَبِ وما لَا يَمْلِكُهُ فَيَشْتَمِلُ عليه حُكْمُ الْمُكَاتَبَةِ نَذْكُرُهُ في فَصْلِ الْحُكْمِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْمُكَاتَبَةِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أنها عَقْدٌ لَازِمٌ من جَانِبِ الْمَوْلَى إذَا كان صَحِيحًا حتى لَا يَمْلِكَ فَسْخَهُ من غَيْرِ رِضَا الْمُكَاتَبِ إذَا لم يَحِلَّ نَجْمٌ أو نَجْمَانِ على الْخِلَافِ غَيْرُ لَازِمٍ في جَانِبِ الْمُكَاتَبِ حتى يَنْفَرِدَ بِفَسْخِهِ من غَيْرِ رِضَا الْمَوْلَى لِأَنَّهُ عَقْدٌ شُرِعَ نَظَرًا لِلْعَبِيدِ وَتَمَامُ نَظَرِهِمْ أَنْ لَا يَلْزَمَ في حَقِّهِمْ
وَيَجُوزُ رَدُّ الْمُكَاتَبِ إلَى الرِّقِّ وَفَسْخُ الْكِتَابَةِ دُونَ قَضَاءِ الْقَاضِي عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال ابن أبي لَيْلَى لَا يَجُوزُ رَدُّهُ إلَّا عِنْدَ الْقَاضِي لِأَنَّ الْعَقْدَ قد صَحَّ فَلَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي
وَلَنَا ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ أَجَازَ ذلك ولم يُنْقَلْ عن غَيْرِهِ خِلَافُهُ وَإِلَيْهِ أَشَارَ في الْأَصْلِ فقال بَلَغْنَا ذلك عن ابْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما وَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَ قد ثَبَتَ له الْخِيَارُ في عَقْدِ الْكِتَابَةِ
لِأَنَّ له أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ وَمَنْ له الْخِيَارُ في الْعَقْدِ إذَا فَسَخَ الْعَقْدَ يَصِحُّ فَسْخُهُ دُونَ الْقَاضِي كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَغَيْرِهِ فَأَمَّا الْفَاسِدُ منه فَغَيْرُ لَازِمٍ من الْجَانِبَيْنِ حتى يَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْفَسْخِ من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ وَاجِبُ النَّقْضِ وَالْفَسْخُ حَقٌّ لِلشَّرْعِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَغَيْرِهِ
وَالثَّانِي أنها مُتَجَزِّئَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا غَيْرُ مُتَجَزِّئَةٍ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ وَالْعِتْقُ متجزىء عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذَا الْمُكَاتَبَةُ وَعَلَى

هذا يَخْرُجُ ما إذَا كَاتَبَ رَجُلٌ نِصْفَ عَبْدِهِ أَنَّهُ جَازَتْ الْكِتَابَةُ في النِّصْفِ وَصَارَ نِصْفُهُ مُكَاتَبًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مُتَجَزِّئَةٌ عِنْدَهُ فَصَحَّتْ في ذلك النِّصْفِ لَا غَيْرُ وَصَارَ في النِّصْفِ الْآخَرِ مَأْذُونًا بِالتِّجَارَةِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْتَضِي وُجُوبَ أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَلَا يُمْكِنُهُ الْأَدَاءُ إلَّا بِالْإِذْنِ وَالْإِذْنُ لَا يَتَجَزَّأُ فَصَارَ الْإِذْنُ في قَدْرِ الْكِتَابَةِ إذْنًا في الْكُلِّ فَصَارَ مَأْذُونًا في الْكُلِّ وَنِصْفُهُ مُكَاتَبٌ فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ نِصْفُهُ وَصَارَ النِّصْفُ الْآخَرُ مُسْتَسْعًى فَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى غير مَشْقُوقٍ عليه بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ فَإِنْ اكْتَسَبَ الْعَبْدُ مَالًا قبل الْأَدَاءِ فَنِصْفُهُ له وَنِصْفُهُ لِلْمَوْلَى في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ نِصْفَهُ مُكَاتَبٌ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ في قَوْلِهِمَا وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ كُلَّهُ صَارَ مُكَاتَبًا وما اكْتَسَبَ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَكُلُّهُ لِلْمُكَاتَبِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى فيه شَيْءٌ

أَمَّا على قَوْلِهِمَا فَلَا يُشْكِلُ لِأَنَّهُ حُرٌّ عليه دَيْنٌ وَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ وَكَسْبُ الْمُكَاتَبِ له وإذا كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَسْبِ لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّهُ لَمَّا كَاتَبَ نِصْفَهُ فَقَدْ أَذِنَ له بِالِاكْتِسَابِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إلَى أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ إلَّا بِالْكَسْبِ فَلَا يَمْلِكُ الْحَجْرَ عليه إلَّا بَعْدَ فَسْخِ الْكِتَابَةِ وَلَا يَفْسَخُ إلَّا بِرِضَاهُ بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ كله أنه يَمْلِكُ حَجْرَهُ وَمَنْعَهُ من الِاكْتِسَابِ لِأَنَّهُ إنَّمَا صَارَ مَأْذُونًا بِالْقَوْلِ فَيَصِيرُ محجورا (((محجوزا))) عليه بِحَجْرِهِ والأذن هَهُنَا لَا يَثْبُتُ بِالْقَبُولِ بَلْ مُقْتَضَى الْكِتَابَةِ فَلَا يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه إلَّا بِفَسْخِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ من الْمِصْرِ فَلَهُ مَنْعُهُ بِالْقِيَاسِ وَلَكِنْ اُسْتُحْسِنَ أَنْ لَا يَمْنَعَهُ وَكَذَلِكَ إذَا أَرَادَ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ يَوْمًا أو يَسْتَسْعِيَهُ يَوْمًا وَيُخَلِّيَ عنه يَوْمًا لِلْكَسْبِ له ذلك في الْقِيَاسِ وَلَكِنْ اُسْتُحْسِنَ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ له في شَيْءٍ حتى يُؤَدِّيَ أو يَعْجِزَ كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ نِصْفَهُ رَقِيقٌ لم تَزُلْ يَدُهُ عنه فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ من الْخُرُوجِ من الْمِصْرِ لِأَجْلِ النِّصْفِ فيقول له إنْ كان نِصْفُك مُكَاتَبًا فَالنِّصْفُ الْآخَرُ غَيْرُ مُكَاتَبٍ فَلِيَ الْمَنْعُ فَكَانَ له أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَسْتَخْدِمَهُ يَوْمًا كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ صَارَ مَأْذُونًا بِالِاكْتِسَابِ وَذَلِكَ بِالْخُرُوجِ إلَى الْأَمْصَارِ فَلَا يَجُوزُ له مَنْعُهُ وَأَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الِاكْتِسَابِ بِالِاسْتِخْدَامِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَخْرُجَ بِالنِّصْفِ دُونَ النِّصْفِ أو يَسْتَخْدِمَ النِّصْفَ دُونَ النِّصْفِ فَإِمَّا أَنْ يَجْعَلَ النِّصْفَ الذي هو مُكَاتَبٌ تَبَعًا

لِلنِّصْفِ الذي ليس بِمُكَاتَبٍ أو يَجْعَلَ النِّصْفَ الذي هو غَيْرُ مُكَاتَبٍ تَبَعًا لِلنِّصْفِ الذي هو مُكَاتَبٌ وَهَذَا الثَّانِي أَوْلَى لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالرِّقَّ إذَا اجْتَمَعَا غَلَبَتْ الْحُرِّيَّةُ الرِّقَّ وفي الْكِتَابَةِ شُعْبَةٌ من الْعِتْقِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلْعِتْقِ في الْمُسْتَقْبَلِ وَهِيَ سَبَبٌ من أَسْبَابِهِ وإذا كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ الْبَاقِيَ فَإِنْ بَاعَهُ من غَيْرِ الْعَبْدِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ من غَيْرِهِ كما لو اعتق نِصْفَهُ أو دَبَّرَ نِصْفَهُ ثُمَّ بَاعَهُ أنه لَا يَجُوزُ كَذَا هذا وَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَ له أَنْ يَكْتُبَ وَيَخْرُجَ من الْمِصْرِ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى فصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَهُ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُسَلِّمَ إلَى الْمُشْتَرِي وَلَوْ فَعَلَ هَكَذَا كان الْبَيْعُ فَاسِدًا كَذَلِكَ هذا

وَلَوْ بَاعَ نِصْفَ نَفْسِهِ من الْعَبْدِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْعَبْدَ من نَفْسِهِ بَيْعٌ في الْحَقِيقَةِ بَلْ هو إعْتَاقٌ بِمَالٍ بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَلَاءَ يَثْبُتُ منه بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو بَاعَ نَفْسَ الْمُدَبَّرِ من

الْمُدَبَّرِ يَجُوزُ وَلَوْ كان بَيْعًا لَمَا جَازَ وإذا أَعْتَقَ نِصْفَهُ فَالْعَبْدُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَدَّى الْكِتَابَةَ وَعَتَقَ وَإِنْ شَاءَ عَجَزَ وَيَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ يُوَجَّهُ إلَيْهَا وَجْهَا عِتْقٍ في ذلك النِّصْفِ عِتْقٌ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ وَعِتْقٌ بِالسِّعَايَةِ فَلَهُ أَنْ يَمِيلَ إلَى أَيْ الْوَجْهَيْنِ شَاءَ عَبْدٌ بين رَجُلَيْنِ كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا فَالْأَمْرُ لَا يَخْلُو إمَّا أن كَاتَبَ نِصْفَهُ أو كُلَّهُ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ وإذا أَذِنَ فَلَا يَخْلُو إمَّا أن أَذِنَ له بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ أو لم يَأْذَنْ

فَإِنْ كَاتَبَ نِصْفَهُ بِغَيْرِ إذْنِ شَرِيكِهِ صَارَ نَصِيبُهُ مُكَاتَبًا لَكِنْ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَنْقُضَ الْكِتَابَةَ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ في الْحَالِ وفي ثَانِي الْحَالِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ في الْحَالِ لِأَنَّ نِصْفَهُ مُكَاتَبٌ وفي الثَّانِي يَصِيرُ مُسْتَسْعًى فَكَانَ له حَقُّ الْفَسْخِ وَالْكِتَابَةُ تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلَا يَصِحُّ فَسْخُهُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّ الشَّرِيكَ الذي كَاتَبَ تَصَرَّفَ في مِلْكِ نَفَسِهِ فَلَا يَفْسَخُ تَصَرُّفَهُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو بِرِضَا الْعَبْدِ فَإِنْ لم يَعْلَمْ بِهِ الشَّرِيكُ حتى أَدَّى عَتَقَ نِصْفُهُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَفَذَتْ في نَصِيبِهِ فإذا وَجَدَ شَرْطَ الْعِتْقِ عَتَقَ ثُمَّ الذي لم يُكَاتِبْ له أَنْ يَرْجِعَ على الشَّرِيكِ فَيَقْبِضُ منه نِصْفَ ما أَخَذَ لِأَنَّ ما أَخَذَهُ كان كَسْبَ عَبْدٍ بَيْنَهُمَا فَكَانَ له أَنْ يُشَارِكَهُ في الْمَأْخُوذِ ثُمَّ الذي كَاتَبَ له أَنْ يَرْجِعَ على الْعَبْدِ بِمَا قَبَضَ شَرِيكُهُ منه لِأَنَّهُ كَاتَبَهُ على بَدَلٍ ولم يُسَلِّمْ له إلَّا نِصْفَهُ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ عليه إلَى تَمَامِ الْبَدَلِ وما يَكُونُ من الْكَسْبِ في يَدِ الْعَبْدِ له نِصْفُهُ بِالْكِتَابَةِ وَنِصْفُهُ لِشَرِيكِهِ الذي لم يُكَاتِبْ هذا في الْكَسْبِ الذي اكْتَسَبَهُ قبل الْأَدَاءِ

وَأَمَّا ما اكْتَسَبَهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ له خَاصَّةً لِأَنَّهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ يَصِيرُ مُسْتَسْعًى وَالْمُسْتَسْعَى أَحَقُّ بِمَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ من السَّيِّدِ فَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَبْدُ وَالْمَوْلَى فقال الْعَبْدُ هذا كَسْبٌ اكْتَسَبْته بَعْدَ الْأَدَاءِ وقال الْمَوْلَى بَلْ اكْتَسَبْته قبل الْأَدَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْكَسْبَ شَيْءٌ حَادِثٌ فَيُحَالُ حُدُوثُهُ إلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ وَصَارَ الْحُكْمُ بَعْدُ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَإِنْ كان مُوسِرًا فَلِلشَّرِيكِ ثلاث اخْتِيَارَاتٍ وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَخِيَارَانِ

هذا إذَا كان بِغَيْرِ إذْنِ الشَّرِيكِ فإذا كان بِإِذْنِهِ فَإِنْ كان لم يَأْذَنْ له بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ إلَّا في فَصْلَيْنِ أَحَدُهُمَا أنه لَا يَكُونُ له حَقُّ الْفَسْخِ هَهُنَا لِوُجُودِ الرِّضَا

وَالثَّانِي أَنَّهُ ليس له أَنْ يُضَمِّنَهُ نِصْفَ قِيمَةِ الْعَبْدِ بعدما عَتَقَ لِأَنَّهُ رضي بِالْعَتَاقِ حَيْثُ أَذِنَ له في الْكِتَابَةِ وَإِنْ كان أَذِنَ له بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ إلَّا في ثَلَاثَةِ فُصُولٍ اثْنَانِ قد ذَكَرْنَاهُمَا

وَالثَّالِثُ أَنَّ ما قَبَضَ ليس له أَنْ يُشَارِكَهُ

هذا إذَا كَاتَبَ النِّصْفَ فَأَمَّا إذَا كَاتَبَ الْكُلَّ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ إلَّا في فَصْلٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّهُ إذَا أَخَذَ الشَّرِيكُ منه نِصْفَ ما قَبَضَ من الْكِتَابَةِ لَا يَرْجِعُ بِذَلِكَ على الْمُكَاتَبِ هذا إذَا كان بِغَيْرِ إذْنِ الشَّرِيكِ فَأَمَّا إذَا كان بِإِذْنِهِ وَأَجَازَ قبل أَنْ يُؤَدِّيَ صَارَ مُكَاتَبًا بَيْنَهُمَا فَلَا يَعْتِقُ جَمِيعُهُ إلَّا بِأَدَاءِ الْأَلْفِ إلَيْهِمَا مَعًا عَتَقَ وَإِنْ أَدَّى إلَى أَحَدِهِمَا أَوَّلًا لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ وَقَعَتْ بِصِيغَةٍ وَاحِدَةٍ هذا إذَا لم يَأْذَنْ له بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَذِنَ له بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّى إلَيْهِمَا عَتَقَ كُلُّهُ وَإِنْ أَدَّى جَمِيعَهُ إلَى الذي كَاتَبَ عَتَقَ كُلُّهُ وَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أَدَّى كُلَّهُ إلَى الشَّرِيكِ لَا يَعْتِقُ حتى يَصِلَ نِصْفُهُ إلَى شَرِيكِهِ وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ

وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فإن كِتَابَةَ النِّصْفِ وَكِتَابَةَ الْجَمِيعِ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِنْدَهُمَا لَا تَتَجَزَّأُ فَإِنْ لم يُجِزْ صَاحِبُهُ حتى أَدَّى عَتَقَ كُلُّهُ وَيَأْخُذُ الشَّرِيكُ منه نِصْفَ ما قَبَضَ وَلَا يَرْجِعُ هو على الْعَبْدِ بِمَا قَبَضَ منه شَرِيكُهُ وَنِصْفُ الْكَسْبِ الْفَاضِلِ لِلْمُكَاتَبِ وَنِصْفُهُ لِلَّذِي لم يُكَاتَبْ وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلَّذِي كَاتَبَهُ وَيَضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ إنْ كان مُوسِرًا وَيَسْعَى الْعَبْدُ إنْ كان مُعْسِرًا وَإِنْ أَجَازَ شَرِيكُهُ صَارَ مُكَاتَبًا

بَيْنَهُمَا فَإِنْ أَدَّى إلَيْهِمَا مَعًا

(4/148)

عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا وَجَمِيعُ الْكَسْبِ لِلْمُكَاتَبِ وَإِنْ أَدَّى إلَى أَحَدِهِمَا لَا يَعْتِقُ حتى يَصِلَ نِصْفُهُ إلَى الْآخَرِ إلَّا إذَا أَذِنَ لِشَرِيكِهِ بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّى كُلَّهُ إلَى الْمَأْمُورِ عَتَقَ وَإِنْ أَدَّى كُلَّهُ إلَى الْآمِرِ لَا يَعْتِقُ حتى يَصِلَ نِصْفُهُ إلَى الْمَأْمُورِ
وَلَوْ كان عَبْدٌ بين رَجُلَيْنِ كَاتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ على الإنفراد بِأَنْ كَاتَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ على أَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ كَاتَبَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ على مِائَةِ دِينَارٍ صَارَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبًا له فإذا أَدَّى إلَيْهِمَا مَعًا عَتَقَ وَإِنْ أَدَّى إلَى أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُهُ وَلَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيمَا قَبَضَ لِأَنَّهُ لَمَّا كَاتَبَ صَارَ رَاضِيًا بِكِتَابَتِهِ وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَقْضِيَ غَرِيمًا دُونَ غَرِيمٍ وَنَصِيبُ الْآخَرِ مُكَاتَبٌ على حَالِهِ فإذا أَدَّى نَصِيبَ الْآخَرِ عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ لم يُؤَدِّ نَصِيبَ الْآخَرِ وَلَكِنَّهُ عَجَزَ صَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَالْجَوَابُ فيه مَعْرُوفٌ
وَكَذَلِكَ لو كَاتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ جَمِيعَ الْعَبْدِ صَارَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبًا له بِالْبَدَلِ الذي سَمَّى فما لم يُوجَدْ جَمِيعُ الْمُسَمَّى لَا يَعْتِقُ وَالْحُكْمُ فيه ما ذَكَرْنَا أَنْ لو كَاتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ
وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَكِتَابَةُ الْبَعْضِ وَكِتَابَةُ الْكُلِّ سَوَاءٌ فَإِنْ أَدَّى إلَيْهِمَا عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أَدَّى إلَى أَحَدِهِمَا أَوَّلًا عَتَقَ كُلُّهُ من المؤدي إلَيْهِ وَثَبَتَ الْوَلَاءُ منه وَيَضْمَنُ إنْ كان مُوسِرًا وَيَسْعَى الْعَبْدُ إنْ كان مُعْسِرًا إلَّا أَنَّ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ أو يَسْعَى الْعَبْدُ في نِصْفِ الْقِيمَةِ أو في كِتَابَةِ الْآخَرِ في الْأَقَلِّ مِنْهُمَا وقال أبو يُوسُفَ بَطَلَتْ كِتَابَةُ الْآخَرِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ الْعَبْدُ أو يَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ لَا غَيْرُ
وَلَوْ كان عَبْدٌ بين اثْنَيْنِ فَكَاتَبَاهُ جميعا مُكَاتَبَةً وَاحِدَةً فَأَدَّى إلَى أَحَدِهِمَا حِصَّتَهُ لم يَعْتِقْ حِصَّتُهُ منه ما لم يُؤَدِّ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ إلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا جَعَلَا شَرْطَ عِتْقِهِ أَدَاءَ جَمِيعِ الْمُكَاتَبَةِ فَلَا يَعْتِقُ إلَّا بِوُجُودِ الشَّرْطِ
بِخِلَافِ ما إذَا كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدٌ فَكَاتَبَاهُمَا جميعا مُكَاتَبَةً وَاحِدَةً أن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ مُكَاتَبًا على حِدَةٍ حتى لو أَدَّى حِصَّتَهُ يَعْتِقُ لِأَنَّ هَهُنَا لو جَعَلَ كُلَّ نِصْفٍ مُكَاتَبًا على حِدَةٍ لَأَدَّى إلَى تَغْيِيرِ شَرْطِهِمَا لِأَنَّ شَرْطَهُمَا أَنْ يَعْتِقَ بِأَدَاءِ الْكُلِّ فَلَا يَعْتِقُ أَحَدُهُمَا إلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ حتى لَا يُؤَدِّيَ إلَى تَغْيِيرِ الشَّرْطِ وَهَذَا الْمَعْنَى لم يُوجَدْ هُنَاكَ لِأَنَّ عِتْقَ أَحَدِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ في الْآخَرِ فَكَانَ الشَّرْطُ فيه لَغْوًا مُكَاتَبٌ بين رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا
قال أبو حَنِيفَةَ لَا ضَمَانَ عليه في ذلك لِشَرِيكِهِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا لِأَنَّ نَصِيبَ الْآخَرِ مُكَاتَبٌ على حَالِهِ لِكَوْنِ الْعِتْقِ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا لِوُجُودِ الْإِعْتَاقِ مِنْهُمَا وَإِنْ عَجَزَ صَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَالْحُكْمُ فيه ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا عَتَقَ كُلُّهُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا وَالْوَلَاءُ له إلَّا أَنَّ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ صَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ عَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا
وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ إنْ كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا يُنْظَرُ إلَى قَدْرِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَإِلَى بَاقِي الْكِتَابَةِ فَأَيُّهُمَا كان أَقَلَّ ضَمِنَ ذلك وَإِنْ كان مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ في الْأَقَلِّ فَإِنْ لم يُعْتِقْهُ أَحَدُهُمَا وَلَكِنْ دَبَّرَهُ صَارَ نَصِيبُهُ مُدَبَّرًا وَيَكُونُ مُكَاتَبًا على

حَالِهِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يُنَافِي الْكِتَابَةَ فَإِنْ أَدَّى الْكُلَّ عَتَقَ وَالْوَلَاءُ يَثْبُتُ مِنْهُمَا وَإِنْ عَجَزَ صَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا صَارَ نَصِيبُهُ مُدَبَّرًا وَلِشَرِيكِهِ خَمْسُ خِيَارَاتٍ إنْ كان مُوسِرًا وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَأَرْبَعُ خِيَارَاتٍ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَتَجَزَّأُ فَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ وَيَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ الْقِيمَةِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ الْأَقَلَّ من نِصْفِ الْقِيمَةِ وَمِنْ جَمِيعِ ما بَقِيَ من الْكِتَابَةِ وَلَوْ لم يُدَبِّرْهُ وَلَكِنْ كَاتَبَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ منه وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ له

أَمَّا ثُبُوتُ النَّسَبِ فَلَا خِلَافَ فيه لِأَنَّ الْمَوْلَى إذَا ادَّعَى وَلَدَ مُكَاتَبَتِهِ ثَبَتَ النَّسَبُ لِأَنَّ فيه تَأْوِيلَ الْمِلْكِ ثُمَّ الْمُكَاتَبَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ مَضَتْ على الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا لِأَنَّهُ قد ثَبَتَ لها حَقُّ الْحُرِّيَّةِ من وَجْهَيْنِ فَلَهَا أَنْ تَخْتَارَ أَيَّهمَا شَاءَتْ وَلَا تَصِيرُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّ الإستيلاد عِنْدَنَا يَتَجَزَّأُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ نَقْلُ الْمِلْكِ فيه فَإِنْ مَضَتْ على الْكِتَابَةِ أَخَذَتْ منه عُقْرَهَا وَاسْتَعَانَتْ بِهِ على أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَرُدَّتْ إلَى الرِّقِّ فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمُسْتَوْلِدِ لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمَانِعَ من نَقْلِ الْمِلْكِ فيها قد زَالَ وَيَضْمَنُ لِلشَّرِيكِ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً وَنِصْفَ عُقْرِهَا وَلَا يَغْرَمُ من قِيمَةِ الْوَلَدِ شيئا وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَعَلَى قَوْلِهِمَا صَارَتْ الْجَارِيَةُ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لِأَنَّ الإستيلاد لَا يَتَجَزَّأُ وَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ

فَيَغْرَمُ لِلشَّرِيكِ نِصْفَ الْقِيمَةِ وَنِصْفَ الْعُقْرِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ الْأَقَلَّ من نِصْفِ الْعُقْرِ وَمَنْ كِتَابَةِ شَرِيكِهِ عَبْدٌ كَافِرٌ بين مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ كَاتَبَ الذِّمِّيُّ نَصِيبَهُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ على خَمْرٍ جَازَتْ الْكِتَابَةُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَلَا تَجُوزُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا شَرِكَةَ لِلْمُسْلِمِ فِيمَا أَخَذَ النَّصْرَانِيُّ منه من الْخَمْرِ بِنَاءً على أَنَّ الْكِتَابَةَ مُتَجَزِّئَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كَالْعِتْقِ فلما كَاتَبَ الذِّمِّيُّ نَصِيبَهُ على خَمْرٍ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَقَعَتْ الْمُكَاتَبَةُ على نَصِيبِ نَفْسِهِ خَاصَّةً وَالذِّمِّيُّ إذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ على خَمْرٍ جَازَ كما لو بَاعَ نَصِيبَهُ بِخَمْرٍ

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ من أَصْلِهِمَا أَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ لَهُمَا حَيْثُ كانت بِإِذْنِ شَرِيكِهِ فلما بَطَلَ نَصِيبُ الْمُسْلِمِ بَطَلَ نَصِيبُ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهَا كِتَابَةٌ وَاحِدَةٌ فإذا بَطَلَ بَعْضُهَا بَطَلَ كُلُّهَا وَلَا شَرِكَةَ لِلْمُسْلِمِ فِيمَا أَخَذَ النَّصْرَانِيُّ من الْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ من قَبْضِ الْخَمْرِ

وَإِنْ كَاتَبَاهُ جميعا على خَمْرٍ مُكَاتَبَةً وَاحِدَةً لم يجز (((يجز))) في نَصِيبِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمَّا في نَصِيبِ الْمُسْلِمِ فَلَا يُشْكِلُ وَأَمَّا في نَصِيبِ الذِّمِّيِّ فَلِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ وَاحِدَةٌ فإذا بَطَلَ بَعْضُهَا بَطَلَ الْكُلُّ وَلَوْ أَدَّى إلَيْهِمَا عَتَقَ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمُسْلِمِ وَلِلذِّمِّيِّ نِصْفُ الْخَمْرِ وَإِنَّمَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ إلَيْهِمَا لِأَنَّ الْكِتَابَةَ فَاسِدَةٌ وَهَذَا حُكْمُ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَنَّهُ إذَا أَدَّى يَعْتِقُ كما إذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ على خَمْرٍ فَأَدَّى إلَّا أَنَّهُ لَا يَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ لِلْمُسْلِمِ وَلَا يَسْعَى في نَصِيبِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ قد سَلَّمَ له شَرْطَهُ لِأَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَيَسْعَى في نِصْفِ قِيمَتِهِ له وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمُكَاتَبَةِ وَيَنْدَرِجُ فيها بَيَانُ ما يَمْلِكُهُ الْمَوْلَى من التَّصَرُّفِ في

الْمُكَاتَبِ وما لَا يَمْلِكُهُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمُكَاتَبَةُ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ صَحِيحَةٌ وَفَاسِدَةٌ وَبَاطِلَةٌ أَمَّا الصَّحِيحَةُ فَلَهَا أَحْكَامٌ بَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِمَا قبل أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَبَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِأَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَزَوَالُ يَدِ الْمَوْلَى عن الْمُكَاتَبِ وَصَيْرُورَةُ الْمُكَاتَبِ أَحَقَّ بِمَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ وَصَيْرُورَةُ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ عنها وَثُبُوتُ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ لِلْمَوْلَى بِبَدَلِ الكاتبة (((الكتابة))) وَثُبُوتُ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ لِلْمُكَاتَبِ لِأَنَّ ما هو الْمَقْصُودُ من هذا الْعَقْدِ لَا من الْجَانِبَيْنِ لَا يَحْصُلُ بِدُونِهَا وَهَلْ تَزُولُ رَقَبَةُ الْمُكَاتَبِ عن مِلْكِ الْمَوْلَى بِالْكِتَابَةِ

اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال عَامَّتُهُمْ لَا تَزُولُ وقال بَعْضُهُمْ تَزُولُ عن مِلْكِ الْمَوْلَى وَلَا يَمْلِكُهَا الْعَبْدُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَبِيعَ يَزُولُ عن مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يَدْخُلُ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْمِلْكَ صِفَةٌ إضَافِيَّةٌ فَيَسْتَحِيلُ وُجُودُهُ بِدُونِ الْمُضَافِ إلَيْهِ كَسَائِرِ الْأَوْصَافِ الْإِضَافِيَّةِ من الْأُبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ وَالْأُخُوَّةِ وَالشَّرِكَةِ وَنَحْوِهَا فَلَا يُتَصَوَّرُ وُجُودُ مَمْلُوكٍ لَا مَالِكَ له وَهَكَذَا نَقُولُ في بَابِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ في الْحَقِيقَةِ مِلْكُ الْبَائِعِ أو مِلْكُ الْمُشْتَرِي إلَّا أَنَّا لَا نَعْلَمُ ذلك في الْحَالِ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّ الْعَقْدَ يُجَازُ أو يُفْسَخُ فَيَتَوَقَّفُ في عِلْمِنَا بِجَهْلِنَا بِعَاقِبَةِ الْأَمْرِ وَعِنْدَ الْإِجَازَةِ أو الْفَسْخِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ كان ثَابِتًا لِلْمُشْتَرِي أو لِلْبَائِعِ من وَقْتِ الْبَيْعِ حتى يَظْهَرَ في حَقِّ الرِّوَايَةِ هذا مَعْنَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ كِتَابَةً صَحِيحَةً صَارَ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ وَجَبَ عليه أَدَاءُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَلَا يَتَمَكَّنُ من الْأَدَاءِ إلَّا بِالْكَسْبِ وَالتِّجَارَةُ كَسْبٌ وَلَيْسَ له أَنْ يَمْنَعَهُ من الْكَسْبِ وَلَا من السَّفَرِ وَلَوْ شَرَطَ عليه أَنْ لَا يُسَافِرَ كان الشَّرْطُ بَاطِلًا وَالْكِتَابَةُ صَحِيحَةً لِمَا مَرَّ وَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ الْكَسْبَ من يَدِهِ لِأَنَّ كَسْبَهُ له وَلَا يَجُوزُ له إجَارَتُهُ وَرَهْنُهُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَمَنَافِعُ الْمُكَاتَبِ له وَالرَّهْنُ إثْبَاتُ مِلْكِ الْيَدِ لِلْمُرْتَهِنِ وَمِلْكُ الْيَدِ لِلْمُكَاتَبِ وَلَا يَجُوزُ اسْتِخْدَامُهُ وَاسْتِغْلَالُهُ لِأَنَّ ذلك تَصَرُّفٌ في الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنَافِعُ له وَيَجُوزُ إعْتَاقُهُ ابْتِدَاءً بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ جَوَازَهُ يَعْتَمِدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَأَنَّهُ قَائِمٌ سَوَاءٌ كان الْمَوْلَى صَحِيحًا أو مَرِيضًا غير أَنَّهُ إنْ كان صَحِيحًا يَعْتِقْ مَجَّانًا وَإِنْ كان مَرِيضًا وَالْعَبْدُ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ فَكَذَلِكَ

وَكَذَلِكَ إذَا كان لَا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ لَكِنْ جازت (((أجازت))) الْوَرَثَةُ وَإِنْ لم تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَلَهُ الْخِيَارُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ حَالًا وَإِنْ شَاءَ سَعَى في ثُلُثَيْ الْكِتَابَةِ مُؤَجَّلًا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا خِيَارَ له وَيَسْعَى في الْأَقَلِّ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ سَبَقَتْ الْإِعْتَاقَ وَالْإِعْتَاقُ في الْمَرَضِ بِمَنْزِلَةِ التَّدْبِيرِ وَلَوْ دَبَّرَهُ كان حُكْمُهُ هذا على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ التَّدْبِيرِ

كَذَا إذَا أَعْتَقَهُ في الْمَرَضِ وَيَجُوزُ له إعْتَاقُهُ عن الْكَفَّارَةِ عِنْدَنَا خِلَافًا لَلشَّافِعِيِّ وَالْمَسْأَلَةُ تُذْكَرُ في كِتَابِ الْكَفَّارَاتِ

وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ أو المشتري في

الْكِتَابَةِ جَازَ وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ إعْتَاقُهُ وهو قَوْلُ زُفَرَ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ في إعْتَاقِهِ الْوَلَدَ إبْطَالَ حَقِّ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبَ وَلَدِهِ الْمَوْلُودِ والمشتري وَبِالْإِعْتَاقِ يَبْطُلُ وَإِلَيْهِ أَشَارَ في الْأَصْلِ فقال لِأَنَّ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُمْ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إنَّمَا يَسْعَى في حُرِّيَّةِ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ وقد نَالَ هذا الْمَقْصُودَ وَإِنَّمَا لَا يَسْقُطُ من بَدَلِ الْكِتَابَةِ شَيْءٌ لِأَنَّ الْبَدَلَ كُلَّهُ على الْمُكَاتَبِ فَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ منه بِعِتْقِ الْوَلَدِ وَلَوْ أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لو عَتَقَ كانت هِيَ أُمَّ وَلَدٍ على حَالِهَا لِأَنَّهَا لم تَصِرْ مُكَاتَبَةً بِكِتَابَتِهِ فَلَا تَعْتِقُ بِعِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَلَا يَجُوزُ له بَيْعُ الْمُكَاتَبِ بِغَيْرِ رِضَاهُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ فيه إبْطَالَ حَقِّ الْمُكَاتَبِ من غَيْرِ رِضَاهُ وهو حَقُّ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَإِنْ رضي بِهِ الْمُكَاتَبُ جَازَ وَيَكُونُ ذلك فَسْخًا لِلْكِتَابَةِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ كان لِحَقِّ الْمُكَاتَبِ فإذا رضي فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ

وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبَ إذَا اجْتَمَعَا في الْبَيْعِ قال الْبَيْعُ لَا يَجُوزُ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ الْمَوْلَى بِرِضَاهُ فَقَدْ تَرَاضَيَا على الْفَسْخِ فَيَكُونُ إقاله وَالْكِتَابَةُ تَحْتَمِلُ الْإِقَالَةَ وما رُوِيَ عن عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أنها اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ وَكَانَتْ مُكَاتَبَةً فَمَحْمُولٌ على أَنَّ ذلك كان بِرِضَاهَا وَعَلَى هذا الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْوَصِيَّةُ

وَلَوْ كَاتَبَ جَارِيَةً لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا وَالِاسْتِمْتَاعُ بها لِأَنَّ ذلك انْتِفَاعٌ بها وَالْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ في مَنَافِعِهَا وَلَوْ وَطِئَهَا غَرِمَ الْعُقْرَ لها تَسْتَعِينُ بِهِ على أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ بَدَلُ مَنْفَعَةٍ مَمْلُوكَةٍ لها

وَلَوْ وَطِئَهَا فَعَلِقَتْ منه ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ إذَا ادَّعَاهُ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِشُبْهَةِ الْمِلْكِ وَتَأْوِيلِ الْمِلْكِ فَلَأَنْ يَثْبُتَ بِحَقِيقَتِهِ أَوْلَى صَدَّقَتْهُ الْمُكَاتَبَةُ أو كَذَّبَتْهُ لِمَا مَرَّ ثُمَّ إنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّة أَشْهُرٍ فَلَا عُقْرَ عليه وَالْمُكَاتَبَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ مَضَتْ على كَتَابَتِهَا فَأَدَّتْ وَعَتَقَتْ وَأَخَذَتْ الْعُقْرَ إذَا كان الْعُلُوقُ في حَالِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ وَسَقَطَ الْعُقْرُ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الِاسْتِيلَادِ

وَلَوْ جَنَى الْمَوْلَى على الْمُكَاتَبِ غَرِمَ الْأَرْشَ لِيَسْتَعِينَ بِهِ على الْكِتَابَةِ وَلَوْ اسْتَهْلَكَ شيئا من كَسْبِهِ فَهُوَ دَيْنٌ عليه لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ من الْمَوْلَى فَكَانَ في مَكَاسِبِهِ كَالْحُرِّ وَكَذَا ما اسْتَهْلَكَ الْمُكَاتَبُ من مَالِ الْمَوْلَى لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ امرأته (((امرأته 0))) لَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ وَكَذَا إذَا اشْتَرَتْ الْمُكَاتَبَةُ زَوْجَهَا لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُكَاتَبِ حَقُّ الْمِلْكِ لَا حَقِيقَةَ الْمِلْكِ وَحَقُّ الْمِلْكِ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ النِّكَاحَ وَلَا يَمْنَعُ الْبَقَاءَ كَالْعِدَّةِ أنها تَمْنَعُ من إنْشَاءِ النِّكَاحِ وإذا طَرَأَتْ على النِّكَاحِ لَا تُبْطِلُهُ وَلِهَذَا قال أَصْحَابُنَا أن الْمَوْلَى إذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ من مُكَاتَبِهِ لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ بِمَوْتِ الْأَبِ لِأَنَّ الْبِنْتَ لَا تَمْلِكُ الْمَكَاتِبَ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ بَلْ يَثْبُتُ لها حَقُّ الْمِلْكِ فَيَمْنَعُ ذلك من الإبتداء وَلَا يَمْنَعُ من الْبَقَاءِ فَكَذَا هذا

وَلَوْ سَرَقَ منه يَجِبُ الْقَطْعُ على السَّارِقِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ أَحَقُّ بِمَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ فَكَانَ له حَقُّ الْخُصُومَةِ فيه كَالْحُرِّ فَيَقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ

وَلَوْ جَنَى الْمُكَاتَبُ على إنْسَانٍ خَطَأً فإنه يَسْعَى في الْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ الدَّفْعُ من غَيْرِ اخْتِيَارٍ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْقِنِّ إذَا جَنَى جِنَايَةً ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى من غَيْرِ عِلْمِهِ بِالْجِنَايَةِ وَالْحُكْمُ هُنَاكَ ما ذَكَرْنَا فَكَذَا هَهُنَا فَيُنْظَرُ إنْ كان أَرْشُ الْجِنَايَةِ أَقَلَّ من قِيمَتِهِ فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ عليه لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من ذلك فإذا دَفَعَ ذلك فَقَدْ سَقَطَ حَقُّهُ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ حُكْمَ الْجِنَايَةِ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ لِكَوْنِ الرَّقَبَةِ مِلْكَ الْمَوْلَى وَهِيَ لَا تَحْتَمِلُ أَكْثَرَ من قِيمَتِهَا فَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ من ذلك

وَكَذَلِكَ لو جَنَى جِنَايَاتٍ خَطَأً قبل أَنْ يُحْكَمَ عليه بِالْجِنَايَةِ الْأُولَى لَا يَجِبُ عليه إلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ كَثُرَتْ جِنَايَاتُهُ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ يَجِبُ عليه في كل جِنَايَةٍ الْأَقَلُّ من أَرْشِهَا وَمِنْ قِيمَتِهِ وَهَذَا فَرْعُ اخْتِلَافِهِمْ في أَنَّ جِنَايَاتِهِ تَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ أو بِذِمَّتِهِ فَعِنْدَنَا تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَالرَّقَبَةُ لَا تَتَّسِعُ لِأَكْثَرَ من قِيمَةٍ وَاحِدَةٍ وَعِنْدَهُ تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ وَالذِّمَّةُ مُتَّسِعَةٌ

وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ رَقَبَتَهُ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى فانها مَقْدُورُ الدَّفْعِ في الْجُمْلَةِ بِأَنْ يَعْجِزَ فَيُدْفَعَ إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ الدَّفْعُ بِالْمَنْعِ السَّابِقِ وهو الْكِتَابَةُ من غَيْرِ اخْتِيَارٍ فَصَارَ كما لو جَنَى جِنَايَاتٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى من غَيْرِ عِلْمِهِ بها وَهُنَاكَ لَا يَلْزَمُهُ إلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ كَذَلِكَ هَهُنَا

هذا إذَا جَنَى ثَانِيًا قبل أَنْ يَحْكُمَ عليه الْحَاكِمُ بِالْأُولَى فَأَمَّا إذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِالْأُولَى ثُمَّ جَنَى ثَانِيًا فإنه يَلْزَمُهُ قِيمَةٌ أُخْرَى بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهَا لَمَّا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَقَدْ انْتَقَلَتْ الْجِنَايَةُ من رَقَبَتِهِ إلَى ذِمَّتِهِ

فَحَصَلَتْ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ وَالرَّقَبَةُ فَارِغَةٌ عن جِنَايَتِهِ مُتَعَلِّقَةٌ بها فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ الْمُبْتَدَأَةِ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا حَفَرَ الْمُكَاتَبُ بِئْرًا على قَارِعَةِ الطَّرِيقِ فَوَقَعَ فيها إنْسَانٌ وَوَجَبَ عليه أَنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ يوم حَفَرَ ثُمَّ وَقَعَ فيها آخَرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ من قمية (((قيمة))) وَاحِدَةٍ سَوَاءٌ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِالْأُولَى أو لم يَحْكُمْ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ هُنَاكَ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ حَفْرُ الْبِئْرِ فَالضَّمَانُ الذي يَلْزَمُهُ إنَّمَا يَلْزَمُهُ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَوُقُوعُ الثَّانِي وَإِنْ كان بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ لَكِنْ بِسَبَبٍ سَابِقٍ على حُكْمِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَلْزَمُهُ إلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ فَأَمَّا هَهُنَا فَقَدْ تَعَدَّدَتْ الْجِنَايَةُ وَالثَّانِيَةُ حَصَلَتْ بَعْدَ فَرَاغِ رَقَبَتِهِ عن الْأُولَى وَانْتِقَالِهَا إلَى ذِمَّتِهِ فَيَتَعَدَّدُ السَّبَبُ فَيَتَعَدَّدُ الْحُكْمُ

وَلَوْ سَقَطَ حَائِطٌ مَائِلٌ أُشْهِدَ عليه على إنْسَانٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ النَّقْضَ فَيَصِحُّ الْإِشْهَادُ عليه كما في الْحُرِّ وَيَجِبُ عليه قِيمَةُ نَفْسِهِ كما لو قَتَلَ آخَرَ خَطَأً

وَكَذَلِكَ إذَا وُجِدَ في دَارِ الْمُكَاتَبِ قَتِيلٌ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ إذَا كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من الدِّيَةِ فَيَنْتَقِصَ منها عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَإِنْ جَنَى جِنَايَاتٍ ثُمَّ عَجَزَ قبل أَنْ يقضي بها دَفَعَهُ مَوْلَاهُ بها أو فَدَاهُ وَإِنْ قَضَى عليه بِالسِّعَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ فَهِيَ دَيْنٌ في رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فيه لِأَنَّهُ إذَا لم يَقْضِ عليه لم تَصِرْ الْقِيمَةُ دَيْنًا في رَقَبَتِهِ فَهُوَ كَعَبْدٍ قِنٍّ جَنَى جِنَايَةً أَنَّهُ يُخَاطِبُ مَوْلَاهُ بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ وإذا قَضَى عليه بِالْقِيمَةِ صَارَ ذلك دَيْنًا في رَقَبَتِهِ فإذا عَجَزَ صَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ عَبْدٍ لَحِقَهُ الدَّيْنُ أَنَّهُ يُبَاعُ أو يَقْضِي السَّيِّدُ دَيْنَهُ هذا كانت جِنَايَتُهُ عَمْدًا بِأَنْ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا قُتِلَ بِهِ لِأَنَّهُ لو كان حر (((حرا))) لَقُتِلَ بِهِ فَالْمُكَاتَبُ أَوْلَى

هذا إذَا جَنَى الْمُكَاتَبُ على غَيْرِهِ فَأَمَّا إذَا جَنَى غَيْرُهُ عليه فَإِنْ كان خَطَأً فَالْأَرْشُ له وَأَرْشُهُ أَرْشُ الْعَبْدِ إما كَوْنُ الْأَرْشِ له فَلِأَنَّ أَجْزَاءَهُ مُلْحَقَةٌ بِالْمَنَافِعِ وهو أَحَقُّ بِمَنَافِعِهِ

وَأَمَّا كَوْنُ أَرْشِهِ أَرْشَ الْعَبْدِ فَلِأَنَّهُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ بِالْحَدِيثِ فَكَانَتْ الْجِنَايَةُ عليه جِنَايَةً على الْعَبْدِ فَكَانَ أَرْشُهَا أَرْشَ الْعَبِيدِ وَإِنْ كان عَمْدًا

فَالْمَسْأَلَةُ على ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ في وَجْهٍ يَجِبُ الْقِصَاصُ في قَوْلِهِمْ وفي وَجْهٍ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ وفي وَجْهٍ اخْتَلَفُوا فيه

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنْ يَقْتُلَهُ رَجُلٌ عَمْدًا ولم يَتْرُكْ وَفَاءً فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْتُلَ الْقَاتِلَ لِأَنَّهُ لم يَتْرُكْ وَفَاءً فَقَدْ مَاتَ عَاجِزًا فَمَاتَ عَبْدًا وَالْعَبْدُ إذَا قُتِلَ عَمْدًا يَجِبُ الْقِصَاصُ على قَاتِلِهِ إنْ كان عَبْدًا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان حُرًّا عِنْدَنَا كَذَلِكَ هَهُنَا

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي فَهُوَ أَنْ يُقْتَلَ عَمْدًا وَيَتْرُكَ وَفَاءً وَيَتْرُكَ وَرَثَةً أَحْرَارًا سِوَى الْمَوْلَى فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِاشْتِبَاهِ وَلِيِّ الْقِصَاصِ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَنَّهُ يَمُوتُ حُرًّا أو عَبْدًا على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَمَنْ قال مَاتَ حُرًّا قال وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ لِلْوَرَثَةِ وَمَنْ قال مَاتَ عَبْدًا قال الْوِلَايَةُ لِلْمَوْلَى فَاشْتَبَهَ الْمَوْلَى فلم يَجِبْ الْقِصَاصُ

فَإِنْ قِيلَ قِيَاسُ هذه النُّكْتَةِ أَنَّهُ إذَا اجْتَمَعَ الْمَوْلَى وَالْوَرَثَةُ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ لِارْتِفَاعِ الِاشْتِبَاهِ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ كَالْعَبْدِ الموصي بِرَقَبَتِهِ لِإِنْسَانٍ وَبِخِدْمَتِهِ لِآخَرَ إذَا قُتِلَ أَنَّ لَهُمَا أَنْ يَجْتَمِعَا فَيَقْتُلَا

وَكَذَا الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ إذَا قُتِلَ فَاجْتَمَعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ على الْقِصَاصِ أَنَّ لَهُمَا أَنْ يَسْتَوْفِيَاهُ كَذَلِكَ هَهُنَا فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَانِعَ هو اشْتِبَاهُ الْمَوْلَى وَهَذَا الِاشْتِبَاهُ لَا يَزُولُ بِالِاجْتِمَاعِ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِأَحَدِهِمَا وهو الْمَوْلَى أو الْوَارِثُ وَهَذَا النَّوْعُ من الِاشْتِبَاهِ لَا يَزُولُ اجتماعهما (((باجتماعهما))) بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا اشْتِبَاهَ فإن الْوِلَايَةَ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وَإِنَّمَا لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ فيها حَقٌّ فإذا اجْتَمَعَا في الِاسْتِيفَاءِ فَقَدْ رضي بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ وَيَقُولُ لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ حَقِّي قَوِيٌّ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ بين اثْنَيْنِ قُتِلَ فَاجْتَمَعَ الْوَلِيَّانِ على الِاسْتِيفَاءِ وَبِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الرَّهْنِ فإن الْمُسْتَحِقَّ لِلْقِصَاص هُنَاكَ هو الرَّاهِنُ إذْ الْمِلْكُ له إلَّا أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ فيه حَقًّا فإذا رضي بالاستيفاء (((بالاستبقاء))) فَقَدْ رضي بِسُقُوطِ حَقِّهِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما بَيَّنَّاهُ

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ فَهُوَ أَنْ يُقْتَلَ عَمْدًا ويترك وَفَاءً وَلَا وَارِثَ له سِوَى الْمَوْلَى فَعَلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَجِبُ الْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَا اشْتِبَاهَ هَهُنَا لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَكُونُ لِلْمَوْلَى كَيْفَمَا كان سَوَاءٌ مَاتَ حُرًّا أو عَبْدًا وقال مُحَمَّدٌ لَا يَجِبُ لِأَنَّ الْمَوْلَى إنْ لم يَشْتَبِهْ فَسَبَبُ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ قد اشْتَبَهَ لِأَنَّهُ إنْ مَاتَ حُرًّا فَالْوِلَايَةُ تَثْبُتُ بِالْإِرْثِ وَإِنْ مَاتَ عَبْدًا فَالْوِلَايَةُ تَثْبُتُ بِالْمِلْكِ وَالْجَوَابُ عن هذا من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ السَّبَبَ لم يَشْتَبِهْ لِأَنَّ الْمُسَبِّبَ وَاحِدٌ وهو الْمِلْكُ وَالْوَلَاءُ أَثَرٌ من آثَارِ الْمِلْكِ

وَالثَّانِي إنْ سَلَّمْنَا أَنَّ السَّبَبَ قد اشْتَبَهَ لَكِنْ لَا اشْتِبَاهَ في الْحُكْمِ وهو الْوِلَايَةُ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ فَتَثْبُتُ بِأَيِّ سَبَبٍ كان فَإِنْ قُتِلَ ابن الْمُكَاتِبِ أو عَبْدُهُ عَمْدًا فَلَا قَوَدَ عليه لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ وهو أبو الْمَقْتُولِ أو مولى الْعَبْدِ لو عَتَقَ كان الْقِصَاصُ له وَلَوْ

(4/152)

عَجَزَ كان الْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى فَاشْتَبَهَ الْوَلِيُّ وَبِهَذَا عَلَّلَ في الْأَصْلِ فقال لِأَنِّي لَا أَدْرِي أَنَّهُ لِلْمَوْلَى أو لِلْمُكَاتَبِ وَمَعْنَاهُ ما ذَكَرْنَا وَإِنْ اجْتَمَعَا على ذلك لم يَقْتَصَّ أَيْضًا لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِأَحَدِهِمَا وهو غَيْرُ مَعْلُومٍ فَإِنْ عَفَوَا فَعَفْوُهُمَا بَاطِلٌ وَالْقِيمَةُ وَاجِبَةٌ لِلْمُكَاتَبِ أَمَّا بُطْلَانُ الْعَفْوِ فَأَمَّا عَفْوُ الْمَوْلَى فَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ كَسْبَ

الْمُكَاتَبِ فَلَا يَصِحُّ عَفْوُهُ
وأما عَفْوُ الْمُكَاتَبِ فَلِأَنَّ الْقِيمَةَ قد وَجَبَتْ على الْقَاتِلِ فَكَانَ إبْرَاءُ الْمُكَاتَبِ تَبَرُّعًا منه وأنه لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ فَإِنْ قَتَلَ مولى مُكَاتَبَهُ عَمْدًا أو خَطَأً فَلَا قِصَاصَ عليه في الْعَمْدِ بِلَا شَكٍّ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ مَمْلُوكَةٌ له فَيَصِيرُ شُبْهَةً سَوَاءٌ تَرَكَ وَفَاءً أو لم يَتْرُكْ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِمَا قُلْنَا غير أَنَّهُ إنْ تَرَكَ وَفَاءً فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ يَقْضِي بها كِتَابَتَهُ
وَكَذَلِكَ لو قَتَلَ ابْنَهُ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قد سَقَطَ بِالشُّبْهَةِ فتجب (((فيجب))) الدِّيَةُ فَسَقَطَ عنه قَدْرُ مَالِهِ من الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ دِيَتَيْنِ الْتَقَيَا من جِنْسٍ وَاحِدٍ في الذِّمَّةِ وَلَيْسَ في إسْقَاطِهِ إبْطَالُ الْعَقْدِ وَلَا اسْتَحَقَّ قَبْضَهُ في الْمَجْلِسِ فإنه يَصِيرُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ قِصَاصًا وما بَقِيَ يَكُونُ لِوَارِثِهِ لَا لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ قَاتِلُهُ فَلَا يَرِثُهُ وَإِنَّمَا يَصِيرُ ذلك قِصَاصًا إذَا حَلَّ أَجَلُ الدِّيَةِ لِأَنَّ الْقِيمَةَ وَجَبَتْ عليه بِالْقَتْلِ مُؤَجَّلَةً
وَلَوْ قَتَلَ عبد الْمُكَاتَبَةِ رَجُلًا خَطَأً يُقَالُ لِلْمُكَاتِبِ ادْفَعْهُ أو افْدِهِ بِالدِّيَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ من تِجَارَتِهِ وَكَسْبِهِ فَكَانَ التَّدْبِيرُ إلَيْهِ كَعَبْدِ الْمَأْذُونِ جَنَى جِنَايَةً خَطَأً أَنَّهُ يُخَيَّرُ الْمَأْذُونُ بين الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ فَالْمُكَاتِبُ أَوْلَى بِخِلَافِ نَفْسِ الْمُكَاتَبِ إذَا جَنَى أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ نَفْسَ الْمُكَاتَبِ لَا تَحْتَمِلُ النَّقْلَ بِخِلَافِ كَسْبِهِ وإذا لم تحتمل (((يحتمل))) النَّقْلَ فَتَعَذَّرَ الدَّفْعُ من غَيْرِ اخْتِيَارٍ فَصَارَ كما لو أَعْتَقَ نَفْسَ الْعَبْدِ الْجَانِي من غَيْرِ عِلْمِهِ بِالْجِنَايَةِ وَثَمَّةَ يَلْزَمُهُ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ كَذَا هَهُنَا وَيُؤْخَذُ الْمُكَاتَبُ بِأَسْبَابِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ وَنَحْوِهَا كَالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ وَالْقَذْفِ لَا الْقِنُّ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ بها فَالْمُكَاتَبُ أَوْلَى وَلَا يُقْطَعُ في سَرِقَتِهِ من مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ عَبْدُهُ وَكَذَا لَا يُقْطَعُ في سَرِقَتِهِ من ابْنِ مَوْلَاهُ وَلَا من امْرَأَةِ مَوْلَاهُ وَلَا من كل ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من مَوْلَاهُ لِأَنَّ وَاحِدًا من هَؤُلَاءِ لو سَرَقَ حَقَّ الْمَوْلَى لَا يُقْطَعُ فَكَذَا مُكَاتَبُهُ
وَكَذَا لو سَرَقَ وَاحِدٌ من هَؤُلَاءِ من الْمُكَاتَبِ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ وَاحِدًا منهم لو سَرَقَ من الْمَوْلَى لَا يُقْطَعُ فَكَذَا إذَا سَرَقَ من الْمُكَاتَبِ وَلَوْ سَرَقَ منه أَجْنَبِيٌّ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ أَحَقُّ بِمَكَاسِبِهِ وَمَنَافِعِهِ فَكَانَ له حَقُّ الْخُصُومَةِ كَالْحُرِّ فَيَقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ وَيَصِحُّ من الْمَوْلَى وغير (((وغيره))) نَسَبُ وَلَدِ أَمَتِهِ الْمُكَاتَبَةِ إذَا لم يَكُنْ له نَسَبٌ مَعْرُوفٌ صَدَّقَتْهُ الْمُكَاتَبَةُ أو كَذَّبَتْهُ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ أو لِأَكْثَرَ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ ادَّعَى نَسَبَ وَلَدَ جَارِيَةٍ مَمْلُوكَةٍ له رَقَبَةً فَكَانَ وَلَدُهَا مَمْلُوكًا له أَيْضًا وَنَسَبُ وَلَدِ الْجَارِيَةِ الْمَمْلُوكَةِ يَثْبُتُ بِالدَّعْوَةِ من غَيْرِ حَاجَةٍ إلَى التَّصْدِيقِ
ثُمَّ الْأَمَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ على الْكِتَابَةِ فَإِنْ مَضَتْ على الْكِتَابَةِ فَلَهَا الْعُقْرُ إنْ كان الْعُلُوقُ في حَالِ الْكِتَابَةِ بِأَنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا أَحَقُّ بِمَنَافِعِهَا وَمَكَاسِبِهَا وَالْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ عنها وَالْعُقْرُ بَدَلُ مَنَافِعِ بُضْعِهَا فَيَكُونُ لها وَإِنْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له سقطا (((سقط))) للعقر (((العقر)))
هذا إذَا اسْتَوْلَدَ مُكَاتَبَتَهُ فَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ فَكَذَلِكَ هو بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ نَقَضَ الْكِتَابَةَ وَإِنْ شَاءَ مَضَى عليها لِتَوَجُّهِ الْعِتْقِ إلَيْهِ من جِهَتَيْنِ فَكَانَ له الْخِيَارُ فَإِنْ مَاتَ مَوْلَاهُ وهو لَا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ فَقَدْ ذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ ادَّعَى نَسَبَ وَلَدِ جَارِيَةِ الْمُكَاتَبِ وَلَيْسَ له نَسَبٌ مَعْرُوفٌ وقد عَلِقَتْ بِهِ في مِلْكِ الْمُكَاتَبِ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِمَا قُلْنَا وَيَحْتَاجُ فيه إلَى تَصْدِيقِ الْمُكَاتَبِ اسْتِحْسَانًا وقد ذَكَرْنَا هذا في كِتَابِ الِاسْتِيلَادِ وَلَا يُحْبَسُ الْمُكَاتَبُ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ قَاصِرٌ حتى لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ خِلَافًا لِابْنِ أبي لَيْلَى هو

يقول بِأَنَّهُ دَيْنٌ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ كَسَائِرِ الدُّيُونِ
وَلَنَا أَنَّ حُكْمَ الْكَفَالَةِ ثُبُوتُ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ لِلْكَفِيلِ بِمِثْلِ ما في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ هَهُنَا لِأَنَّ الثَّابِتَ في ذِمَّةِ الْأَصِيلِ دَيْنٌ يُحْبَسُ بِهِ وَدَيْنٌ لَا يُحْبَسُ بِهِ فَلَوْ جَوَّزْنَا الْكَفَالَةَ بِهِ لم يَكُنْ الثَّابِتُ بها حَقَّ الْمُطَالَبَةِ بِمِثْلِ ما في ذِمَّةِ الْمَكْفُولِ عنه فَلَا يَتَحَقَّقُ حُكْمُ الْكَفَالَةِ بِخِلَافِ سَائِرِ الدُّيُونِ
وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِأَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَهُوَ عِتْقُ الْمُكَاتَبِ وَلَا يَعْتِقُ إلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وهو قَوْلُ زَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه وقال عَلِيٌّ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه يَعْتِقُ بِقَدْرِ ما أَدَّى وَيَبْقَى الْبَاقِي رَقِيقًا وقال ابن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه إذَا أَعْطَى مِقْدَارَ قِيمَتِهِ عَتَقَ ثُمَّ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْغَرِيمِ وقال عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما إذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ مَوْلَاهُ فَهُوَ غَرِيمٌ من الْغُرَمَاءِ وَهَذَا يَدُلُّ على

أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَعْتِقُ بِنَفْسِ الْكِتَابَةِ وقد روي مُحَمَّدٌ بن الْحَسَنِ عن شُرَيْحٍ مِثْلَ ذلك
وَجْهُ قَوْلِ عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أن الْمُكَاتَبَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فإذا أَدَّى الْعَبْدُ بَعْضَ بَدَلِ الْكِتَابَةِ إلَى الْمَوْلَى فَقَدْ مَلَكَ الْمَوْلَى ذلك الْقَدْرَ فَلَوْ لم يَمْلِكْ من نَفَسِهِ ذلك الْقَدْرَ لَاجْتَمَعَ لِلْمَوْلَى مِلْكُ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أن قِيمَةَ الْعَبْدِ مَالِيَّةٌ فَلَوْ عَتَقَ بِأَدَاءِ ما هو أَقَلُّ من قميته (((قيمته))) لَتَضَرَّرَ بِهِ الْمَوْلَى وإذا أَدَّى قَدْرَ قِيمَتِهِ فَلَا ضَرَرَ على الْمَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ لو لم يَعْتِقْ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لَوَجَبَ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَلَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ إعْتَاقٌ على مَالٍ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ على مَالٍ وَقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ وَالْمَالُ دَيْنٌ عليه كَذَلِكَ هَهُنَا
وَجْهُ قَوْلِ زَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه قَوْلُ النبي الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ الْمَوْلَى عَلَّقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ جَمِيعِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَلَا يَعْتِقُ ما لم يُؤَدِّ جَمِيعَهُ كما لو قال لِعَبْدِهِ إذَا أَدَّيْت إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ ما لم يُؤَدِّ جَمِيعَ الْأَلْفِ كَذَا هَهُنَا
ثُمَّ الْعِتْقُ كما يَثْبُتُ بِأَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ يَثْبُتُ بِأَدَاءِ الْعِوَضِ عن بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ عِوَضَ الشَّيْءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَيَسُدُّ مَسَدَّهُ كَأَنَّهُ هو كما في الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ على أَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ دَيْنٌ في ذِمَّةِ الْعَبْدِ وَقَضَاءُ الدُّيُونِ يَكُونُ بِأَعْوَاضِهَا لَا بِأَعْيَانِهَا وَكَذَا يَثْبُتُ بِالْإِبْرَاءِ لِمَا نَذْكُرُ
ثُمَّ إذَا أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَعَتَقَ ويعتق (((يعتق))) وَلَدُهُ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ بِأَنْ وُلِدَ لِلْمُكَاتَبِ وَلَدٌ من أَمَةٍ اشْتَرَاهَا لِأَنَّهُ صَارَ مُكَاتَبًا تَبَعًا لِلْأَبِ فَيَثْبُتُ فيه حُكْمُ الْأَصْلِ إلَّا أَنَّ لِلْمَوْلَى أَنْ يُطَالِبَ الْأَبَ دُونَ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ لم يَدْخُلْ في الْعَقْدِ مَقْصُودًا بَلْ تَبَعًا فَلَا يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ التَّبَعِ حَالَ قِيَامِ الْمَتْبُوعِ وَكَمَا يَعْتِقُ الْمُكَاتَبُ بِالْأَدَاءِ من كَسْبِهِ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ من كَسْبِ وَلَدِهِ لِأَنَّ كَسْبَ الْوَلَدِ كَسْبُهُ فإذا أَدَّى يَعْتِقُ هو وَوَلَدُهُ وَكَذَا وَلَدُهُ الْمُشْتَرَكُ في الْكِتَابَةِ وَوَلَدُ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَ وَالْوَالِدُونَ وَإِنْ عَلَوْا إذَا اشْتَرَاهُمْ الْمُكَاتَبُ يَدْخُلُونَ في الْكِتَابَةِ كَالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ

سَوَاءً لَا فَرْقَ بَيْنَهُمْ إلَّا في فَصْلٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّهُ إذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ من غَيْرِ مَالٍ يُقَالُ لِلْوَلَدِ المشتري وَلِلْوَالِدَيْنِ إمَّا أَنْ تُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ حَالًا وَإِلَّا رَدَدْنَاكُمْ في الرِّقِّ بِخِلَافِ الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ لِمَا نَذْكُرُ

وَأَمَّا ما سِوَى الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ من ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْخَالِ وَنَحْوِهِمْ فَهَلْ يَدْخُلُونَ في الْكِتَابَةِ قال أبو حَنِيفَةَ لَا يَدْخُلُونَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَدْخُلُونَ وَيَسْعَوْنَ على النُّجُومِ بِمَنْزِلَةِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ من إذَا مَلَكَهُ الْحُرُّ يَعْتِقُ عليه فإذا مَلَكَهُ الْمُكَاتَبُ يَتَكَاتَبُ عليه وَيَقُومُ مَقَامَهُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْمُكَاتَبَةَ عَقْدٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَةِ الْعِتْقِ وَالْحُكْمُ في الْحَقِيقَةِ هذا فَكَذَا في كَسْبِ الْكَسْبِ الْمُفْضِي إلَيْهِ وَلِهَذَا اُعْتُبِرَ بِحَقِيقَةِ الْعِتْقِ في الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ كَذَا هَهُنَا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أن الْأَصْلَ أَنْ لَا يَثْبُتَ التَّكَاتُبُ رَأْسًا لِأَنَّ مِلْكَ الْمُكَاتَبِ مِلْكٌ ضَرُورِيٌّ لِكَوْنِهِ مَمْلُوكًا ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ فَلَا يَظْهَرُ في حَقِّ التَّبَرُّعِ وَالْعِتْقِ وَإِنَّمَا يَظْهَرُ في حَقِّ حُرِّيَّةِ نَفْسِهِ إلَّا أَنَّ حُرِّيَّةَ وَلَدِهِ وَأَبَوَيْهِ في مَعْنَى حُرِّيَّةِ نَفْسِهِ لِمَكَانِ الْجُزْئِيَّةِ ولم يُوجَدْ في سَائِرِ ذَوِي الرَّحِمِ فَبَقِيَ الْأَمْرُ فِيهِمْ على الْأَصْلِ وَبَدَلُ الْقِيَاسِ من وَجْهٍ آخَرَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَدْخُلَ الْوَلَدُ لِأَنَّهُ كَسْبُهُ وَحَقُّ الْحُرِّيَّةِ لَا يَسْرِي للأكساب كَكَسْبِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَإِنَّمَا اسْتَحْسَنَّا الْوِلَادَ بِحُكْمِ الْجُزْئِيَّةِ ولم يُوجَدْ وَالْوَلَدُ الْمُنْفَصِلُ قبل الْعَقْدِ لَا يَدْخُلُ في الْكِتَابَةِ وَيَكُونُ لِلْمَوْلَى وَلَوْ اخْتَلَفَا فقال الْمَوْلَى وُلِدَ قبل الْعَقْدِ وَقَالَتْ الْمُكَاتَبَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ يُنْظَرُ إنْ كان الْوَلَدُ في يَدِ الْمَوْلَى فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أنه انْفَصَلَ قبل الْعَقْدِ وَإِنْ كان في يَدِ الْأَمَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَيَحْكُمُ فيه الْحَالُ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا ومضت مُدَّةُ الْإِجَارَةِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَادَّعَى الْمُسْتَأْجِرُ الآباق وَالْمُؤَاجِرُ يُنْكِرُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ كان في الْحَالِ آبِقًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ وَإِنْ لم يَكُنْ في الْحَالِ آبِقًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَاجِرِ

وَكَذَلِكَ هذا في الطَّاحُونَةِ إذَا اخْتَلَفَا في انْقِطَاعِ الْمَاءِ وَجَرَيَانِهِ فَإِنْ كان في الْحَالِ مُنْقَطِعًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ وَإِنْ كان جَارِيًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَاجِرِ وَلَوْ تَصَادَقَا في الْإِبَاقِ وَالِانْقِطَاعِ وَاخْتَلَفَا في مُدَّةِ الْإِبَاقِ وَالِانْقِطَاعِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ مُنْكِرُ وُجُوبِ الزِّيَادَةِ وَسَوَاءٌ كان الْأَدَاءُ في حَالِ حَيَاةِ الْعَاقِدَيْنِ أو بَعْدَ مَوْتِهِمَا حتى لو مَاتَ الْمَوْلَى فَأَدَّى الْمُكَاتَبُ إلَى وَرَثَتِهِ عَتَقَ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى بِلَا خِلَافٍ

وَكَذَا لو مَاتَ الْمُكَاتَبُ عن وَفَاءٍ يؤدي بَدَلُ الْكِتَابَةِ إلَى الْمَوْلَى وَيُحْكَمُ بِعِتْقِهِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَعْتِقُ وَيُسَلَّمُ الْبَدَلُ لِلْمَوْلَى بِنَاءً على أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ لَا يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْمُكَاتَبَةِ عِنْدَنَا كما لَا يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى وَعِنْدَهُ يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ

الْمُكَاتَبِ وقد اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في الْمُكَاتَبِ إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ أَنَّهُ يَمُوتُ حُرًّا أو عَبْدًا

قال عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه وَعَبْدُ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه يَمُوتُ حُرًّا فيؤدي بَدَلُ كِتَابَتِهِ وَيُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ وَبِهِ أَخَذَ أَصْحَابُنَا وَعَنْ زَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ يَمُوتُ عَبْدًا وَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْمَوْلَى وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لو عَتَقَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَعْتِقَ قبل مَوْتِهِ وَإِمَّا أَنْ يَعْتِقَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ وَالْأَدَاءُ لم يُوجَدْ قبل الْمَوْتِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ مَحَلَّ الْعِتْقِ قد فَاتَ لِأَنَّ مَحَلَّهُ الرِّقُّ وقد فَاتَ بِالْمَوْتِ وَإِثْبَاتُ الشَّيْءِ في غَيْرِ مَحَلِّهِ مُحَالٌ فَامْتَنَعَ الْقَوْلُ بِالْعِتْقِ وَلَا يُقَالُ أنه يَعْتِقُ مُسْتَنِدًا إلَى آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وهو قَابِلٌ لِلْعِتْقِ في ذلك الْوَقْتِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيمَا يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا أَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْحَالِ ثُمَّ يَسْتَنِدُ

أَلَا تَرَى أَنَّ من بَاعَ مَالَ الْغَيْرِ تَوَقَّفَ على إجَازَةِ الْمَالِكِ عِنْدَكُمْ فَإِنْ هَلَكَ الْمَالُ ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ لَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ مُسْتَنِدًا فَيُرَاعَى قِيَامُ مَحَلِّ الْحُكْمِ لِلْحَالِ وَالْمَحَلُّ هَهُنَا لَا يَحْتَمِلُ الْعِتْقَ لِلْحَالِ فَلَا يَسْتَنِدُ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن قَتَادَةَ أَنَّهُ قال قُلْت لِسَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أن شُرَيْحًا قال في الْمُكَاتَبِ إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بدىء بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ ثُمَّ بِالدَّيْنِ فقال سَعِيدٌ أَخْطَأَ شُرَيْحٌ وَإِنْ كان قَاضِيًا فإن زَيْدَ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه يقول إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بدىء بِالدَّيْنِ ثُمَّ بِالْكِتَابَةِ فَاخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في التَّرْتِيبِ وَالْمَيْلُ على اتِّفَاقِهِمْ على بَقَاءِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ

فَرِوَايَةُ قَتَادَةَ تُشِيرُ إلَى إجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ما قُلْنَا وَمِثْلُهُ لَا يَكْذِبُ فَلَا يُعْتَدُّ بِخِلَافِ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ الْعِتْقَ في الْحَقِيقَةِ مُعَلَّقٌ بِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لِلْمَوْلَى إمَّا صُورَةً وَمَعْنًى بِالِاسْتِيفَاءِ وَإِمَّا مَعْنًى لَا صُورَةً بِأَخْذِ الْعِوَضِ أو الْإِبْرَاءِ لَا بِصُورَةِ الْأَدَاءِ من الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَثْبُتُ من غَيْرِ أَدَاءً أَصْلًا بِأَخْذِ الْمَوْلَى وَبِالْإِبْرَاءِ وقد سَلِمَ الْبَدَلُ لِلْمَوْلَى إمَّا صُورَةً وَمَعْنًى بِالِاسْتِيفَاءِ وَإِمَّا مَعْنًى لَا صُورَةً بِالْإِبْرَاءِ

أَمَّا طَرِيقُ الِاسْتِيفَاءِ فَلِأَنَّ هذا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ بين الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبِ وَحُكْمُهُ في جَانِبِ الْمَوْلَى مِلْكُ الْبَدَلِ وَسَلَامَتُهُ وفي جَانِبِ الْمُكَاتَبِ سَلَامَةُ رَقَبَتِهِ بِالْحُرِّيَّةِ وَسَلَامَةُ أَوْلَادِهِ وإكسابه حَالَ سَلَامَةِ الْبَدَلِ لِلْمَوْلَى وفي الْحَالِ زَوَالُ يَدِ الْمَوْلَى عنه وَصَيْرُورَتُهُ أَحَقَّ بِمَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ وقد ثَبَتَ الْمِلْكُ في الْمُبْدَلِ لِلْمَوْلَى في ذِمَّةِ الْعَبْدِ لِلْحَالِ حتى لو تَبَرَّعَ عنه إنْسَانٌ بِالْأَدَاءِ وَقَبِلَ الْمَوْلَى صَحَّ

وَلَوْ أَبْرَأَهُ جَازَ الْإِبْرَاءُ وَيَعْتِقُ وَلَوْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ على غَرِيمٍ له عليه دَيْنٌ من إكسابه وَقَبِلَ الْمَوْلَى صَحَّ وَعَتَقَ وإذا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمَوْلَى في الْبَدَلِ كان يَنْبَغِي أَنْ يَزُولَ الْمُبْدَلُ من مِلْكِهِ وهو رَقَبَةُ الْمُكَاتَبِ وَتَسْلَمُ له رَقَبَتُهُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ إذْ الْمُعَاوَضَةُ في الْحَقِيقَةِ بين الْبَدَلِ وَالرَّقَبَةِ كما في سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ من الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ كما في الْخُلْعِ وَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ إلَّا أَنَّ الزَّوَالَ لو ثَبَتَ هَهُنَا لِلْحَالِ بَقِيَ الدَّيْنُ في ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ وَيَتَكَامَلُ في الْأَدَاءِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الْمَوْلَى فَيَمْتَنِعُ الناس عن الْكِتَابَةِ فَشُرِعَ هذا الْعَقْدُ على خِلَافِ مُوجَبِ الْمُعَاوَضَاتِ في ثُبُوتِ السَّلَامَةِ وَزَوَالِ الْمُبْدَلِ عن الْمَوْلَى إلَّا بِسَلَامَةِ الْبَدَلِ له على الْكَمَالِ نَظَرًا لِلْمَوَالِي وَتَرْغِيبًا لهم في عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَنَظَرًا لِلْعَبِيدِ لِيَتَوَصَّلُوا إلَى الْعِتْقِ فإذا جاء آخِرُ حَيَاتِهِ وَعَجَزَ عن التكسب (((الكسب))) انْتَقَلَ الدَّيْنُ من ذِمَّتِهِ إلَى إكسابه كما في الْحُرِّ إلَّا أَنَّ الْكَسْبَ قد لَا يَسْلَمُ له إمَّا بِالْهَلَاكِ أو بِأَخْذِ الْوَرَثَةِ فإذا أَدَّى ذلك إلَى الْمَوْلَى فَقَدْ وُجِدَ الشَّرْطُ وهو سَلَامَةُ الْبَدَلِ لِلْمَوْلَى فَيَسْلَمُ الْمُبْدَلُ لِلْمُكَاتَبِ وهو رَقَبَتُهُ له

وَأَمَّا الْإِبْرَاءُ فَهُوَ أَنَّهُ لَمَّا بَلَغَ آخِرَ حَيَاتِهِ يَسْقُطُ عنه الْمُطَالَبَةُ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ لَعَجْزِهِ عن الْأَدَاءِ بِنَفْسِهِ وَانْتَقَلَ إلَى الْمَالِ خَلَفًا عن الْمُطَالَبَةِ عنه فَيُطَالِبُ بِهِ وَصِيُّهُ أو وَارِثُهُ أو وصى الْقَاضِي فإذا أَدَّى النَّائِبُ سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ عن النَّائِبِ في

آخِرِ حَيَاتِهِ فَيَبْرَأُ عن بَدَلِ الْكِتَابَةِ وَتَسْقُطُ عنه الْمُطَالَبَةُ في ذلك الْوَقْتِ فَيَعْتِقُ في ذلك الْوَقْتِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّرْطَ ليس هو من صُورَةِ الْأَدَاءِ بَلْ سَلَامَةُ الْبَدَلِ صُورَةً وَمَعْنًى بِالِاسْتِيفَاءِ أو مَعْنًى بِالْإِبْرَاءِ وقد حَصَلَ

وَمِنْ أَصْحَابِنَا من قال أن الْعِتْقَ يَثْبُتُ بَعْدَ الْأَدَاءِ مَقْصُورًا عليه وَيَبْقَى حَيًّا تَقْدِيرًا لِإِحْرَازِ شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ كما يَبْقَى الْمَوْلَى حَيًّا بَعْدَ الْمَوْتِ تَقْدِيرًا لِإِحْرَازِ شَرَفِ الْكِتَابَةِ وَيَثْبُتُ الْعِتْقُ فيه وهو مُثْبَتٌ حَقِيقَةً وَيُقَدَّرُ حَيًّا على اخْتِلَافِ طَرِيقِ أَصْحَابِنَا في ذلك على ما عُرِفَ في الْخِلَافِيَّاتِ

وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ وَفَاءً وَأَوْلَادًا أَحْرَارًا بِأَنْ وُلِدُوا من امْرَأَةٍ حُرَّةٍ يؤدي بَدَلُ كِتَابَتِهِ وما فَضَلَ يَكُونُ مِيرَاثًا بين أَوْلَادِهِ الْأَحْرَارِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يَعْتِقُ في آخِرِ جُزْءٍ

من حَيَاتِهِ ثُمَّ يَمُوتُ فَيَمُوتُ حُرًّا فَيَرِثُ منه أَوْلَادُهُ الْأَحْرَارُ وَكَذَلِكَ أَوْلَادُهُ الَّذِينَ وُلِدُوا في الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُمْ صَارُوا مُكَاتَبِينَ تَبَعًا له فإذا عَتَقَ هو في آخِرِ حَيَاتِهِ يَعْتِقُونَ هُمْ أَيْضًا تَبَعًا له فإذا مَاتَ هو فَقَدْ مَاتَ حُرًّا وَهُمْ أَحْرَارٌ فَيَرِثُونَهُ وَكَذَا أَوْلَادُهُ الَّذِينَ اشْتَرَاهُمْ في الْكِتَابَةِ ووالداه (((وولداه))) لِمَا قُلْنَا وَكَذَا وَلَدُهُ الذي كُوتِبَ معه كِتَابَةً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ عَتَقَ معه في آخِرِ حَيَاتِهِ فَيَرِثُهُ وَأَمَّا وَلَدُهُ الذي كَاتَبَهُ كِتَابَةً على حِدَةٍ لَا يَرِثُهُ لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ فَيَمُوتُ حُرًّا وَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ وَالْمُكَاتَبُ لَا يَرِثُ الْحُرَّ

وَلَوْ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أَجْنَبِيٌّ وَدِينُ الْمَوْلَى غَيْرُ الْكِتَابَةِ وَلَهُ وَصَايَا من تَدْبِيرِهِ وَغَيْرُ ذلك وَتَرَكَ وَلَدًا حُرًّا أو وَلَدًا وُلِدَ له في الْكِتَابَةِ من أَمَتِهِ يُبْدَأُ بِدَيْنِ الْأَجَانِبِ ثُمَّ بِدَيْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ بِالْكِتَابَةِ وَالْبَاقِي مِيرَاثٌ بين سَائِرِ أَوْلَادِهِ وَبَطَلَتْ وَصَايَاهُ أَمَّا بُطْلَانُ وَصَايَاهُ فَلِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا يَخُصُّ التَّدْبِيرَ

وَالثَّانِي يَعُمُّ سَائِرَ الْوَصَايَا

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْمُدَبَّرَ يَعْتِقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَالْمُكَاتَبُ ليس من أَهْلِ الْإِعْتَاقِ

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ إذَا أَدَّى عنه بَعْدَ الْمَوْتِ فإنه يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَذَلِكَ زَمَانٌ لَطِيفٌ لَا يَسَعُ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ انْتَقَلَ الْمِلْكُ إلَى الْوَارِثِ وَالْمِلْكُ لِلْمُوصَى له يَثْبُتُ بعد (((بعقد))) الْوَصِيَّةِ الذي هو فِعْلُهُ فإذا لم يَتَّسِعْ الْوَقْتُ له لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ إلَى الْوَرَثَةِ من غَيْرِ صُنْعِ الْعَبْدِ وإذا بَطَلَتْ الْوَصَايَا بَقِيَتْ الدُّيُونُ

وَأَمَّا تَرْتِيبُ الدُّيُونِ فَيُبْدَأُ بِدَيْنِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الدُّيُونِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالتَّرِكَةِ أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَقْوَى فَالْأَقْوَى كما في دَيْنِ الصِّحَّةِ مع دَيْنِ الْمَرَضِ وَدِينُ الْأَجْنَبِيِّ أَقْوَى من دَيْنِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالرِّقِّ دَيْنُ الْمَوْلَى وَلَا يَبْطُلُ دَيْنُ الْأَجْنَبِيِّ بَلْ يُبَاعُ فيه فَيَبْدَأُ بِدَيْنِ الْأَجْنَبِيِّ ثُمَّ يُنْظَرُ في بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ فَإِنْ كان فيها وَفَاءٌ بِدَيْنِ الْمَوْلَى وَبِالْكِتَابَةِ بدِىء بِدَيْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّ دَيْنَ الْمَوْلَى أَقْوَى من دَيْنِ الْكِتَابَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ وَلَا تَصِحُّ بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ

وَكَذَا الْمُكَاتَبُ يَمْلِكُ إسْقَاطَ دَيْنِ الْمُكَاتَبَةِ عن نَفْسِهِ قَصْدًا بِأَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَلَا يَمْلِكُ إسْقَاطَ دَيْنِ الْمَوْلَى قَصْدًا بَلْ يَسْقُطُ ضَرُورَةً بِسُقُوطِ الْكِتَابَةِ فَكَانَ دَيْنُ الْمَوْلَى أَقْوَى فَيُقَدَّمُ على دَيْنِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ لم يَكُنْ في التَّرِكَةِ وَفَاءٌ بِالدُّيُونِ

جميعا بدىء بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ لو بدىء بِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَوْلَى لَبَطَلَ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ إذَا قَضَى ذلك فَقَدْ صَارَ عَاجِزًا فَيَكُونُ قد مَاتَ عَاجِزًا فَتَبْطُلُ الْكِتَابَةُ فلم يَصِحَّ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ صَارَ قِنًّا وَلَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ الْقِنِّ دَيْنٌ وَلَيْسَ في الْبُدَاءَةِ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ إبْطَالُ الْقَضَاءِ فَيَكُونُ أَوْلَى فَيُبْدَأُ بِالْكِتَابَةِ حتى يَعْتِقَ وَيَكُونُ دَيْنُ الْمَوْلَى في ذِمَّتِهِ فَرُبَّمَا يستوفي منه إذَا ظَهَرَ له مَالٌ وما فَضَلَ عن هذه الدُّيُونِ فَهُوَ مِيرَاثٌ لِأَوْلَادِهِ الْأَحْرَارِ من امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَلِأَوْلَادِهِ الْمَوْلُودِينَ في الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا بِعِتْقِهِ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَرِثُونَ كَالْحُرِّ الْأَصْلِ

وَلَوْ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَجِنَايَةٌ وَمُكَاتَبَةٌ وَمَهْرٌ وَأَوْلَادٌ أَحْرَارٌ من امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَأَوْلَادٌ وُلِدُوا في الْكِتَابَةِ من أَمَتِهِ وَأَوْلَادٌ اشْتَرَاهُمْ يُبْدَأُ بِالدَّيْنِ ثُمَّ بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ بِالْكِتَابَةِ ثُمَّ يَكُونُ الْبَاقِي مِيرَاثًا لِجَمِيعِهِمْ لِأَنَّ الدَّيْنَ أَقْوَى من الْكِتَابَةِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ يُنْظَرُ إلَى ما بَقِيَ من الْمَالِ فَإِنْ كان فيه وَفَاءٌ بِالْكِتَابَةِ فإنه يُبْدَأُ بِالْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ إذَا كان بِهِ وَفَاءٌ بِالْجِنَايَةِ صَارَ كَأَنَّ الْمُكَاتَبَ قِنٌّ فيقضي عليه بِالْجِنَايَةِ وَمَتَى قضى عليه بِالْجِنَايَةِ يَصِيرُ عَاجِزًا إذَا لم يَكُنْ في الْبَاقِي وَفَاءٌ وَإِنْ لم يَكُنْ في الْمَالِ وَفَاءٌ بِالْكِتَابَةِ وكان فيه وَفَاءٌ بِالْخِيَارِ أو لم يَكُنْ فَقَدْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا وَبَطَلَتْ الْجِنَايَةُ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِصَاحِبِ الْجِنَايَةِ في مَالِ الْعَبْدِ وَإِنَّمَا كان حَقُّهُ في الرَّقَبَةِ وقد فَاتَتْ الرَّقَبَةُ وَهَذَا إذَا كان الْقَاضِي لم يَقْضِ بِالْجِنَايَةِ في حَالِ حَيَاتِهِ فَإِنْ كان الْقَاضِي قَضَى عليه بِالْجِنَايَةِ صَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الدُّيُونِ

وَأَمَّا الْمَهْرُ فَإِنْ كان تَزَوَّجَ نِكَاحًا صَحِيحًا بِإِذْنِ الْمَوْلَى فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الدُّيُونِ وَإِنْ كان النِّكَاحُ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى لَا يَجِبُ لِلْمَرْأَةِ شَيْءٌ ما لم يَقْضِ سَائِرَ الدُّيُونِ وَالْجِنَايَةِ وَالْكِتَابَةِ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفْ إلَى الْمَهْرِ لِأَنَّ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إنَّمَا يُتْبَعُ بِالْمَهْرِ بَعْدَ الْعَتَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ في حَقِّ الْمَوْلَى فإذا زَالَ حَقُّ الْمَوْلَى فَحِينَئِذٍ يُؤَاخَذُ بِهِ فَإِنْ أَدَّيَتْ كِتَابَتُهُ وَحُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ وَحُرِّيَّةِ أَوْلَادِهِ صَارَ الْبَاقِي مِيرَاثًا لِأَوْلَادِهِ كُلِّهِمْ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا بِعِتْقِهِ

وَكَذَلِكَ إنْ كان الِابْنُ مُكَاتَبًا معه لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا في زَمَانٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كَاتَبَ الِابْنَ مُكَاتَبَةً على حِدَةٍ لَا يَرِثُ منه لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ وَلَا يَسْتَنِدُ عِتْقُهُ في حَقِّهِ فَلَا يَرِثُ منه

وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ من غَيْرِ وَفَاءٍ وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا في الْكِتَابَةِ بِأَنْ وَلَدَتْ أَمَتُهُ التي اشْتَرَاهَا بِأَنْ كان الْمُكَاتَبُ تَزَوَّجَ أَمَةَ إنْسَانٍ بِإِذْنِ

مَوْلَاهُ فَوَلَدَتْ منه ثُمَّ اشْتَرَاهَا الْمُكَاتَبُ وَوَلَدَهَا أو الْمُكَاتَبَةُ وَلَدَتْ من غَيْرِ مَوْلَاهَا فإنه يَسْعَى في الْكِتَابَةِ على نُجُومِ أبيه وَلَا يَبْطُلُ الْأَجَلُ لِأَنَّهُ إذَا مَاتَ لَا عن وَفَاءٍ فَقَدْ مَاتَ عَاجِزًا فَقَامَ الْوَلَدُ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ حَيٌّ وَلَوْ كان حَيًّا حَقِيقَةً لَكَانَ يَسْعَى على نُجُومِهِ فَكَذَا وَلَدُهُ بِخِلَافِ ما إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ لِأَنَّهُ مَاتَ قَادِرًا فيؤدي بَدَلُ الْكِتَابَةِ لِلْحَالِ وَلَا يُؤَخَّرُ إلَى أَجَلِهِ بَلْ يَبْطُلُ الْأَجَلُ لِأَنَّ مَوْتَ من عليه الدَّيْنُ يُبْطِلُ الْأَجَلَ في الْأَصْلِ كما في سَائِرِ الدُّيُونِ وَلَيْسَ هَهُنَا أَحَدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ حتى يُجْعَلَ كَأَنَّهُ حَيٌّ وإذا أَدَّى السِّعَايَةَ عَتَقَ أَبُوهُ وهو

وَأَمَّا وَلَدُهُ المشتري في الْكِتَابَةِ فإنه لَا يَسْعَى على نُجُومِهِ بَلْ يُقَالُ له إمَّا أَنْ

تُؤَدِّيَ السِّعَايَةَ حَالًا أو تُرَدَّ إلَى الرِّقِّ وَلَا يُقَالُ ذلك لِلْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ بَلْ يَسْعَى على نُجُومِ أبيه وَلَا يُرَدُّ إلَى الرِّقِّ إلَّا إذَا أَخَلَّ بِنَجْمٍ أو بِنَجْمَيْنِ على الِاخْتِلَافِ وَإِنَّمَا كان ذلك لِأَنَّ دُخُولَ الْوَلَدِ في الْكِتَابَةِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَتَبَعِيَّةُ الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ أَشَدُّ من تَبَعِيَّةِ المشتري في الْكِتَابَةِ لِأَنَّ تَبَعِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ الْجُزْئِيَّةِ وَالْجُزْئِيَّةُ في الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ حَصَلَتْ في الْعَقْدِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ نَفْسِهِ وَالْحُكْمُ في الْمُكَاتَبِ على ما ذَكَرْنَا فَكَذَا فيه وَلَا كَذَلِكَ الْوَلَدُ المشتري لِأَنَّ جزئته (((جزئية))) ما حَصَلَتْ في الْعَقْدِ فَانْحَطَّتْ دَرَجَتُهُ عنه فَلَا بُدَّ من إظْهَارِ ذلك في الْحُكْمِ تَرْتِيبًا لِلْأَحْكَامِ على مَرَاتِبِ الْحُجَجِ في الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ

وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِ الْكَافِي الْخِلَافَ في الْمَسْأَلَةِ وَجَعَلَ ما ذَكَرْنَا قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَالْوَلَدُ المشتري وَالْوَلَدُ الْمَوْلُودُ سَوَاءٌ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ التَّكَاتُبَ على الْوَلَدِ الْمَوْلُودِ لِمَكَانِ التَّبَعِيَّةِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ في المشتري

وَجَوَابُ أبي حَنِيفَةَ عن هذا أَنَّ مَعْنَى التَّبَعِيَّةِ في الْمَوْلُودِ أَقْوَى منه في المشتري فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ

وَلَوْ مَاتَ من غَيْرِ وَفَاءٍ وَتَرَكَ الدُّيُونَ التي ذَكَرْنَا فَالْخِيَارُ في ذلك إلَى الْوَلَدِ يَبْدَأُ بِأَيِّ ذلك شَاءَ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا لم يَتْرُكْ وَفَاءً صَارَ التَّدْبِيرُ إلَى الْوَلَدِ لِأَنَّهُ يَقْضِي من كَسْبِهِ فَيَبْدَأُ بِأَيِّ ذلك شَاءَ فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ أو بِنَجْمَيْنِ على الِاخْتِلَافِ يُرَدَّ في الرِّقِّ وَلَوْ كان بَعْضُ أَوْلَادِهِ غَائِبًا وَبَعْضُهُمْ حَاضِرًا فَعَجَزَ الْحَاضِرُ لَا يُرَدُّ في الرِّقِّ حتى يَحْضُرَ الْغَائِبُ لِجَوَازِ أَنَّ الْغَائِبَ يَحْضُرُ فَيُؤَدِّي

وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ ولم يَتْرُكْ وَفَاءً لَكِنَّهُ تَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ فَإِنْ لم يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ بِيعَتْ في الْمُكَاتَبَةِ وَإِنْ كان مَعَهَا وَلَدٌ اسْتَسْعَتْ فيها على الْأَجَلِ الذي كان لِلْمُكَاتَبِ صَغِيرًا كان وَلَدُهَا أم كَبِيرًا بِنَاءً على أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدٍ وَلَيْسَ مَعَهَا وَلَدٌ فَإِنَّهَا لَا تَدْخُلُ في مُكَاتَبَتِهِ وكان له أَنْ يَبِيعَهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَكَذَا الْمُوَالَاةُ عِنْدَهُمَا تَدْخُلُ في مُكَاتَبَتِهِ فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ تَكُونُ بِمَنْزِلَتِهِ لَمَّا دَخَلَتْ في الْكِتَابَةِ وإذا كان مَعَهَا فَإِنَّهَا تَتْبَعُ وَلَدَهَا في الْكِتَابَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا فَكَذَا بَعْدَ الْمَوْتِ إذَا كان مَعَهَا وَلَدٌ وَلَدَتْهُ في الْكِتَابَةِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَائِمٌ لِأَنَّ الِابْنَ قام مَقَامَهُ وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا فَرْقَ بين وُجُودِ الْوَلَدِ وَعَدَمِهِ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنها إنَّمَا تَسْعَى لِأَنَّ عَتَاقَ الإستيلاد بِمَنْزِلَةِ عَتَاقِ النَّسَبِ فَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْوَلَدِ فَكَانَ حَالُهَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدِ وَقَبْلَهُ وَاحِدًا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا وِرَاثَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَإِنَّمَا دَخَلَتْ في كِتَابَتِهِ لِكِتَابَةِ وَلَدِهَا تَبَعًا فإذا مَاتَ الْوَلَدُ بَطَلَتْ كِتَابَتُهَا لأنه كِتَابَةَ الْوَلَدِ بَطَلَتْ بِمَوْتِهِ فَيَبْطُلُ ما كان تَبَعًا له وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدًا وَاشْتَرَتْ وَلَدًا ثُمَّ مَاتَتْ سَعْيًا في الْكِتَابَةِ على النُّجُومِ وَاَلَّذِي يَلِي الْأَدَاءَ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ وَهَذَا بِنَاءً على أَنَّ الْمَوْلُودَ في الْكِتَابَةِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُكَاتَبِ وَالْوَلَدُ المشتري لَا يَقُومُ مَقَامَهُ على الِاتِّفَاقِ أو على الِاخْتِلَافِ إلَّا أَنَّهُ يَسْعَى تَبَعًا لِلْوَلَدِ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ فَلَا تَجِبُ عليه السِّعَايَةُ أَلَا تَرَى أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ في الْأَصْلِ فَإِنْ قُلْت فَلَا يَجِبُ على الْآخَرِ شَيْءٌ من السِّعَايَةِ قال لِأَنَّهَا لو لم تَدَعْ غَيْرَهُ بِيعَ إلَّا أَنْ يُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ عَاجِلًا وَإِنَّمَا قُلْنَا إنَّ الذي يَلِي الْأَدَاءَ هو الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ المشتري لَا يَقُومُ مَقَامَ الْمُكَاتَبِ على الِاتِّفَاقِ أو على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَالْمُكَاتَبَةُ وَلَوْ كانت (((كاتب))) حَيَّةً لَكَانَتْ تَمْلِكُ كَسْبَ وَلَدِهَا المشتري فَكَذَا الذي يَقُومُ مَقَامَهَا وَإِنْ سَعَى المشتري فَأَدَّى الْكِتَابَةَ لم يَرْجِعْ على أَخِيهِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ أَدَّى الْكِتَابَةَ من كَسْبِ الْأُمِّ لِأَنَّ كَسْبَ أُمِّ الْوَلَدِ المشتري لِلْأُمِّ فإذا أَدَّى الْكِتَابَةَ من

كَسْبِهِ فَقَدْ أَدَّى كِتَابَةَ الْأُمِّ وَكَسْبُهُ لها فَلَا يَرْجِعُ وَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ قَائِمٌ مَقَامَهَا وَلَوْ كانت الْأُمُّ بَاقِيَةً فَأَدَّى الْوَلَدُ المشتري فَعَتَقَتْ الْأُمُّ لم يُرْجَعْ عليه بِشَيْءٍ كَذَا هذا
وَكَذَا الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ لو سَعَى وَأَدَّى لم يَرْجِعْ على المشتري بِشَيْءٍ من هذا الْمَعْنَى وقال

بَعْضُهُمْ هذا إذَا أَدَّى الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ من مَالٍ تَرَكَتْهُ الْأُمُّ فَأَمَّا إذَا أَدَّى من كَسْبٍ اكْتَسَبَهُ بِنَفْسِهِ فإنه يَرْجِعُ بِنِصْفِهِ على المشتري ولم يُذْكَرْ في الْأَصْلِ حُكْمَ الْمَوْلُودِ في الْكِتَابَةِ وَإِنَّمَا ذَكَرَ حُكْمَ المشتري أنه إذَا أَدَّى لَا يَرْجِعُ
وَلَوْ اكْتَسَبَ هذا الِابْنُ المشتري كَسْبًا كان لِأَخِيهِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَسْتَعِينَ بِهِ في كِتَابَتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأُمِّ وَهِيَ لو كانت قَائِمَةً لَكَانَتْ تَمْلِكُ أَخْذَ كَسْبِ المشتري وَكَذَا من يَقُومُ مَقَامَهَا وَكَذَا إذَا أَرَادَ أَنْ يُسَلِّمَهُ في عَمَلٍ لِيَأْخُذَ كَسْبَهُ فَيَسْتَعِينَ بِهِ في مُكَاتَبَتِهِ كان له ذلك
وَكَذَلِكَ لو أَمَرَهُ الْقَاضِي أَنْ يُؤَاجِرَ نَفَسَهُ أو أَمَرَ أَخَاهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ وَيَسْتَعِينَ بِأَجْرِهِ على أَدَاءِ الْكِتَابَةِ كان ذلك جَائِزًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهَا وما اكْتَسَبَ الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ بَعْدَ مَوْتِ أُمِّهِ قبل الْأَدَاءِ فَهُوَ له خَاصَّةً لِأَنَّهُ دَاخِلٌ في كِتَابَةِ الْأُمِّ وَقَائِمٌ مَقَامَهَا فما اكْتَسَبَهُ يَكُونُ له وما يَكْتَسِبُ أَخُوهُ حُسِبَ من التَّرِكَةِ فتقضي منه الْمُكَاتَبَةُ وَالْبَاقِي منه مِيرَاثٌ بَيْنَهُمَا
وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ في الْكِتَابَةِ قام مَقَامَهَا فَكَانَ حُكْمُهَا كَحُكْمِهِ وَكَسْبُ الْمُكَاتَبَةِ لها كَذَا كَسْبُ وَلَدِهَا وَأَمَّا الْوَلَدُ المشتري فلم يَقُمْ مَقَامَهَا غير أَنَّهُ كَسْبُهَا بِجَمِيعِ ما اكْتَسَبَهُ فَيَصِيرُ كَأَنَّهَا مَاتَتْ عن مَالٍ
وَلَوْ مَاتَتْ على مَالٍ تؤدي منه كِتَابَتُهَا وَالْبَاقِي ميراثا (((ميراث))) بَيْنَهُمَا كَذَا هذا وَقِيلَ هذا كُلُّهُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ فَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَالْوَلَدَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهَا وَلَا يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَسْبَ صَاحِبِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لو كان مُنْفَرِدًا لَقَامَ مَقَامَ الْمُكَاتَبَةِ وَيَسْعَى على النُّجُومِ عِنْدَهُمَا فَكَذَا إذَا اجْتَمَعَا لم يَكُنْ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
وَأَمَّا الفاسد (((الفاسدة))) وَهِيَ التي فَاتَهَا شَيْءٌ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ وَهِيَ ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَلَا يَثْبُتُ بها شَيْءٌ من الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِمَا قبل الْأَدَاءِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ لَا تُوجِبُ زَوَالَ شَيْءٍ مِمَّا كان لِلْمَالِكِ عنه إلَى الْمُكَاتَبِ فَكَانَ الْحَالُ بَعْدَ الْعَقْدِ كَالْحَالِ قَبْلَهُ
وَأَمَّا الْحُكْمُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَدَاءِ وهو الْعِتْقُ فَالْفَاسِدُ فيه كَالصَّحِيحِ حتى لو أَدَّى يَعْتِقُ لِأَنَّ الْفَاسِدَ من الْعَقْدِ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ كَالصَّحِيحِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَنَفْسُ الْمُكَاتَبِ في قَبْضَتِهِ إلَّا أَنَّ في الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ إذَا أَدَّى يَلْزَمُهُ قِيمَةُ نَفَسِهِ وفي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ يَلْزَمُهُ الْمُسَمَّى لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ وَالْقِيمَةُ هِيَ الْمِثْلُ لِأَنَّهَا مِقْدَارُ مَالِيَّتِهِ وَإِنَّمَا الْمَصِيرُ إلَى الْمُسَمَّى عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ تَحَرُّزًا عن الْفَسَادِ لِجَهَالَةِ الْقِيمَةِ فإذا فَسَدَتْ فَلَا مَعْنَى لِلتَّحَرُّزِ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ إلَى الْأَصْلِ وهو الْقِيمَةُ كما في الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ
وَكَذَا في الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لِلْمَوْلَى أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ بِغَيْرِ رِضَا الْعَبْدِ وَيَرُدَّهُ إلَى

الرِّقِّ وَلَيْسَ له أَنْ يَفْسَخَ في الصَّحِيحَةِ إلَّا بِرِضَا الْعَبْدِ وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَفْسَخَ في الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ جميعا بِغَيْرِ رِضَا الْمَوْلَى لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْفَاسِدَةَ غَيْرُ لَازِمَةٍ في حَقِّهِمَا جميعا وَالصَّحِيحَةَ لَازِمَةٌ في حَقِّ الْمَوْلَى غَيْرُ لَازِمَةٍ في حَقِّ الْعَبْدِ ثُمَّ إذَا أَدَّى في الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ يُنْظَرُ إلَى الْمُسَمَّى وَإِلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ أَيُّهُمَا أَكْثَرُ على ما ذَكَرْنَا الْكَلَامَ فيه فِيمَا تَقَدَّمَ وَسَوَاءٌ كان الْأَدَاءُ في حَيَاةِ الْمَوْلَى أو بَعْدَ مَوْتِهِ إلَى وَرَثَتِهِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إلَى الْوَرَثَةِ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْعِتْقَ في الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ يَقَعُ من طَرِيقِ التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ لِأَنَّ في الْكِتَابَةِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَمَعْنَى الْيَمِينِ فإذا فَسَدَتْ بَطَلَ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَبَقِيَ مَعْنَى الْيَمِينِ وَالْيَمِينُ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْحَالِفِ وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ لَا تُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِ الْمَوْلَى وإذا بَقِيَ مِلْكُهُ فإذا مَاتَ قبل الْأَدَاءِ انْتَقَلَ إلَى وَرَثَتِهِ فَلَا يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أنها مع كَوْنِهَا فَاسِدَةً فيها مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ وَالْعِتْقُ فيها يَثْبُتُ من طَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ لَا من طَرِيقِ التَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجِبُ فيها الْقِيمَةُ وَلَوْ كان الْعِتْقُ فيها بِمَحْضِ الْيَمِينِ لَكَانَ لَا يَجِبُ فيها شَيْءٌ لِأَنَّ الْقِيمَةَ لم تَدْخُلْ تَحْتَ الْيَمِينِ وَكَذَا الْوَلَدُ الْمُنْفَصِلُ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْوَلَدَ الْمُنْفَصِلَ عِنْدَ الشَّرْطِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْيَمِينِ فَثَبَتَ أَنَّ فَسَادَ الْكِتَابَةِ لَا يُوجِبُ زَوَالَ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ عنها فَثَبَتَ الْعِتْقُ فيها من طَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أن مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَزُولُ في الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ فَنَعَمْ لَكِنْ قبل قَبْضِ الْبَدَلِ فَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فإنه يَزُولُ ذلك عِنْدَ الْأَدَاءِ

وَلَوْ كَاتَبَ أَمَتَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ أَدَّتْ عَتَقَتْ وَعَتَقَ وَلَدُهَا مَعَهَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّحِيحِ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ وَالْأَوْلَادُ يَدْخُلُونَ في الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ كَذَا في الْفَاسِدَةِ فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ قبل أَنْ تُؤَدِّيَ لم يَكُنْ عَمَلُ وَلَدِهَا أَنْ يَسْعَى لِأَنَّ الْوَلَدَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأُمِّ ثُمَّ الْأُمُّ لَا تُجْبَرُ على السِّعَايَةِ كَذَلِكَ الْوَلَدُ لَكِنَّهُ إذَا سَعَى فِيمَا على أُمِّهِ يَعْتِقُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتِقَ وهو على ما ذَكَرْنَا فِيمَا إذَا مَاتَ الْمَوْلَى فَأَدَّتْ الْمَالَ إلَى

وَرَثَتِهِ تَعْتِقُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَعْتِقَ

وَأَمَّا الْبَاطِلَةُ وَهِيَ التي فَاتَهَا شَرْطٌ من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ فَلَا يَثْبُتُ بها شَيْءٌ من الْأَحْكَامِ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الْبَاطِلَ لَا وُجُودَ له إلَّا من حَيْثُ الصُّورَةُ كَالْبَيْعِ الْبَاطِلِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إلَّا إذَا نَصَّ على التَّعْلِيقِ بِأَنْ قال إنْ أَدَّيْتِ إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ فَأَدَّى يَعْتِقُ لَكِنْ لَا بِالْمُكَاتَبَةِ بَلْ بِالتَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ كما في التَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما تَنْفَسِخُ بِهِ الْكِتَابَةُ فَإِنَّهَا تَنْفَسِخُ بِالْإِقَالَةِ لِأَنَّهَا من التَّصَرُّفَاتِ الْمُحْتَمِلَةِ لِلْفَسْخِ لِكَوْنِ الْمُعَاوَضَةِ فيها أَصْلًا فَتَجُوزُ إقَالَتُهَا كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ وَكَذَا تَنْفَسِخُ بِفَسْخِ الْعَبْدِ من غَيْرِ رِضَا الْمَوْلَى بِأَنْ يَقُولَ فَسَخْتُ الْمُكَاتَبَةَ أو كَسَرْتُهَا سَوَاءٌ كانت فَاسِدَةً أو صَحِيحَةً لِمَا ذَكَرْنَا أنها وَإِنْ كانت صَحِيحَةً فَإِنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ في جَانِبِ الْعَبْدِ نَظَرًا له فَيَمْلِكُ الْفَسْخَ من غَيْرِ رِضَا الْمَوْلَى وَالْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ من غَيْرِ رِضَا الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ في جَانِبِهِ وَهَلْ تَنْفَسِخُ بِالْمَوْتِ أَمَّا بِمَوْتِ الْمَوْلَى فَلَا تَنْفَسِخُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ إنْ كان له كَسْبٌ

فيؤدي إلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى وَإِنْ لم يَكُنْ في يَدِهِ كَسْبٌ فَيَكْتَسِبُ وَيُؤَدِّي فَيَعْتِقُ فَكَانَ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ فَيَبْقَى وَإِنْ عَجَزَ عن الْكَسْبِ يَزُولُ إلَى الرِّقِّ كما لو كان الْمَوْلَى حَيًّا

وإذا مَاتَ الْمَوْلَى فَأَدَّى الْمُكَاتَبُ مُكَاتَبَتَهُ أو بَقِيَّةً منها إلَى وَرَثَتِهِ وَعَتَقَ فَوَلَاؤُهُ يَكُونُ لِعَصَبَةِ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ من الْمُعْتِقِ بَعْدَ مَوْتِهِ لِمَا نَذْكُرُ في كِتَابِ الْوَلَاءِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَرُدَّ إلَى الرِّقِّ ثُمَّ كَاتَبَهُ الْوَرَثَةُ كِتَابَةً أُخْرَى فَأَدَّى إلَيْهِمْ وَعَتَقَ فَوَلَاؤُهُ لِلْوَرَثَةِ على قَدْرِ مواريثهم (((مواريثهم))) لِأَنَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِمْ فَكَانَ مَالُهُ مِيرَاثًا بَيْنَهُمْ إذْ الْوَلَاءُ يُورَثُ بِهِ إنْ كان لَا يُورَثُ نَفْسُهُ

وأما بِمَوْتِ الْمُكَاتَبِ فَيُنْظَرُ إنْ مَاتَ عن وَفَاءٍ لَا يَنْفَسِخُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَإِنْ مَاتَ لَا عن وَفَاءٍ يَنْفَسِخُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ مَاتَ عَاجِزًا فَلَا فَائِدَةَ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَيَنْفَسِخُ ضَرُورَةً وَلَا يَنْفَسِخُ بِرِدَّةِ الْمَوْلَى بِأَنْ كَاتَبَ مُسْلِمٌ عَبْدَهُ ثُمَّ ارْتَدَّ الْمَوْلَى لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى حَقِيقَةً فَبِمَوْتِهِ حُكْمًا أَوْلَى أَنْ لَا يَنْفَسِخُ وَلِهَذَا لَا تَبْطُلُ سَائِرُ عُقُودِهِ بِالرِّدَّةِ كَذَا الْمُكَاتَبَةُ فَإِنْ أَقَرَّ بِقَبْضِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وهو مُرْتَدٌّ ثُمَّ أَسْلَمَ جَازَ إقْرَارُهُ في قَوْلِهِمْ

وَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ على الرِّدَّةِ لم يَجُزْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إذَا لم يُعْلَمْ إلَّا بِقَوْلِهِ بِنَاءً على أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ غَيْرُ نَافِذَةٍ عِنْدَهُ بَلْ هِيَ مَوْقُوفَةٌ وَإِنْ عُلِمَ ذلك بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ جَازَ قَبْضُهُ

وَكَذَا يَجُوزُ لِلْمُرْتَدِّ أَخْذُ الدَّيْنِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ في كل ما وَلِيَهُ من التَّصَرُّفَاتِ كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ لِأَنَّ رِدَّتَهُ بِمَنْزِلَةِ عَزْلِ الْوَكِيلِ فَيَمْلِكُ قَبْضَ الدُّيُونِ التي وَجَبَتْ بِعَقْدِهِ كَالْوَكِيلِ الْمَعْزُولِ في بَابِ الْبَيْعِ أَنَّهُ يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ بَعْدَ الْعَزْلِ

وَذَكَرَ في مَوْضِعٍ آخَرَ وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَمْلِكُ لِكَوْنِهِ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَحُقُوقُ هذا الْعَقْدِ وهو الْمُكَاتَبَةُ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ فَلَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ

وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَإِقْرَارُهُ بِالْقَبْضِ جَائِزٌ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ عِنْدَهُمَا فَإِنْ لم يَقْبِضْ شيئا حتى لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَجَعَلَ الْقَاضِي مَالَهُ مِيرَاثًا بين وَرَثَتِهِ فَأَخَذُوا الْكِتَابَةَ ثُمَّ رَجَعَ مُسْلِمًا فَوَلَاءُ الْعَبْدِ له لِأَنَّ رِدَّتَهُ مع لُحُوقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ وَلَوْ دُفِعَ إلَى الْوَرَثَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ كان الْوَلَاءُ له كَذَلِكَ هذا وَيَأْخُذُ من الْوَرَثَةِ ما قَبَضُوهُ منه إنْ وُجِدَ بِعَيْنِهِ كما في سَائِرِ أَمْلَاكِهِ التي وَجَدَهَا مع الْوَرَثَةِ بِأَعْيَانِهَا لِأَنَّ الْوَارِثَ إنَّمَا قَبَضَ بِتَسْلِيطِ الْمُورِثِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

كِتَابُ الْوَلَاءِ الْوَلَاءُ نَوْعَانِ وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَوَلَاءُ مُوَالَاةٍ أَمَّا وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ فَلَا خِلَافَ في ثُبُوتِهِ شَرْعًا

عَرَفْنَا ذلك بِالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ وَالْمَعْقُولِ

أَمَّا السُّنَّةُ فَقَوْلُ النبي الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَهَذَا نَصٌّ وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ فَجَاءَ بِهِ إلَى رسول اللَّهِ فقال يا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي اشْتَرَيْت هذا فَأَعْتَقْته فقال هو أَخُوك وَمَوْلَاك فَإِنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ له وَشَرٌّ لَك وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَك وَشَرٌّ له وَإِنْ مَاتَ ولم يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْت أنت عَصَبَتَهُ وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ جَعَلَهُ عَصَبَةً إذَا لم يَتْرُكْ وَارِثًا آخَرَ

وَالثَّانِي أَنَّهُ جَعَلَ الْمُعْتَقَ مولى الْمُعْتِقِ بِقَوْلِهِ هو أَخُوك وَمَوْلَاك وَلَا يَكُونُ مَوْلَاهُ إلَّا وَأَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ له

وَنَظِيرُ هذا الِاسْتِدْلَالِ اسْتِدْلَالُنَا بِقَوْلِهِ عز وجل { وَاَللَّهُ خَلَقَكُمْ وما تَعْمَلُونَ } على تَقْدِيرِ تَسْلِيمِ إرَادَةِ الْمَعْمُولِ من قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وما تَعْمَلُونَ } في إثْبَاتِ خَلْقِ الْأَفْعَالِ من اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَخْبَرَ سُبْحَانَهُ أَنَّهُ خَلَقَهُمْ وَخَلَقَ مَعْمُولَهُمْ وَلَا مَعْمُولَ بِدُونِ الْعَمَلِ فَيَدُلُّ على كَوْنِ مَخْلُوقَ اللَّهِ عز وجل
وَقَوْلُهُ إنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ له لِأَنَّ الْمُعْتَقَ لَمَّا أَنْعَمَ اللَّهُ عليه بِالْإِعْتَاقِ فَقَدْ وَجَبَ عليه الشُّكْرُ فإذا شَكَرَهُ فَقَدْ أَدَّى ما وَجَبَ عليه فَكَانَ خَيْرًا له
وَقَوْلُهُ وَشَرٌّ لَك لِأَنَّهُ قد وَصَلَ إلَيْهِ شَيْءٌ من الْعِوَضِ فَأَوْجَبَ ذلك نُقْصَانًا في الثَّوَابِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ على عِوَضٍ فَكَانَ ثَوَابُهُ أَقَلَّ مِمَّنْ أَعْتَقَ ولم يَصِلْ إلَيْهِ على إعْتَاقِهِ عِوَضٌ دُنْيَوِيٌّ أَصْلًا وَرَأْسًا
وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَك لِأَنَّ إعْتَاقَهُ إذَا خلى (((خلا))) عن عِوَضٍ دُنْيَوِيٍّ يَتَكَامَلُ ثَوَابُهُ في الْآخِرَةِ
وَقَوْلُهُ وَشَرٌّ له لِأَنَّ شُكْرَ النِّعْمَةِ وَاجِبٌ عَقْلًا وَشَرْعًا فإذا لم يَشْكُرْهُ فَقَدْ تَرَكَ الْوَاجِبَ فَكَانَ شَرًّا له
وَرُوِيَ أَنَّ مُعْتِقَ بِنْتِ حَمْزَةَ رضي اللَّهُ عنه مَاتَ وَتَرَكَ بِنْتًا فَجَعَلَ رسول اللَّهِ نِصْفَ مَالِهِ لِابْنَتِهِ وَالنِّصْفَ لِابْنَةِ حَمْزَةَ
وَرُوِيَ عن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ وَأُبَيٍّ بن كَعْبٍ وَزَيْدِ بن ثَابِتٍ وَأَبِي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ وَأُسَامَةَ بن زَيْدٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا الْوَلَاءُ لِلْكِبَرِ فَاتِّفَاقُ هَؤُلَاءِ النُّجَبَاءِ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على لَفْظٍ وَاحِدٍ بِدَلِيلِ سَمَاعِهِمْ ذلك عن رسول اللَّهِ مع ما أن هذا حُكْمٌ لَا يُدْرَكُ بِالْقِيَاسِ فَالظَّاهِرُ قَوْلُ السَّمَاعِ وَسَيَأْتِي تَفْسِيرُ هذا الحديث في أَثْنَاءِ الْمَسَائِلِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الْأُمَّةَ أَجْمَعَتْ على ثُبُوتِ هذا الْوَلَاءِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمِنْ وُجُوهٍ أَحَدُهَا أَنَّ الْإِعْتَاقَ إنْعَامٌ إذْ الْمُعْتِقُ أَنْعَمَ على الْمُعْتَقِ بِإِيصَالِهِ إلَى شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ وَلِهَذَا سمى الْمَوْلَى الْأَسْفَلُ مولى النِّعْمَةِ في عُرْفِ الشَّرْعِ وَكَذَا سَمَّاهُ اللَّهُ تَعَالَى إنْعَامًا فقال عز وجل في زَيْدٍ مولى رسول اللَّهِ { وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عليه وَأَنْعَمْتَ عليه } قِيلَ في التَّفْسِيرِ أَنْعَمَ اللَّهُ عليه بِالْإِسْلَامِ وَأَنْعَمْت عليه بِالْإِعْتَاقِ فَجُعِلَ كَسْبُهُ عِنْدَ اسْتِغْنَائِهِ عنه لِمَوْلَاهُ شُكْرًا لِإِنْعَامِهِ السَّابِقِ وَلِهَذَا لَا يَرِثُ الْمُعْتَقُ من الْمُعْتِقِ
وَالثَّانِي أَنَّ الْمُعْتَقَ في نُصْرَةِ الْمُعْتِقِ حَالَ حَيَاتِهِ وَلِهَذَا كان عَقْلُهُ عليه وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْصُرَهُ بِدَفْعِ الظالم (((الظلم))) عنه وَبِكَفِّهِ عن الظُّلْمِ على غَيْرِهِ فإذا جَنَى فَقَدْ قَصَّرَ في أَحَدِ نَوْعَيْ النُّصْرَةِ وهو كَفُّهُ عن الظُّلْمِ على غَيْرِهِ فَجُعِلَ عقله عليه ضَمَانًا لِلتَّقْصِيرِ فإذا مَاتَ جُعِلَ وَلَاؤُهُ لِمُعْتِقِهِ جَزَاءً لِلنُّصْرَةِ السَّابِقَةِ
وَالثَّالِثُ أَنَّ الْإِعْتَاقَ كَالْإِيلَادِ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إحْيَاءٌ مَعْنًى فإن الْمُعْتِقَ سَبَبٌ لِحَيَاةِ الْمُعْتَقِ بِاكْتِسَابِ سَبَبِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالْوِلَايَةِ التي يَمْتَازُ بها الْآدَمِيُّ عن الْبَهَائِمِ كما أَنَّ الْأَبَ سَبَبُ حَيَاةِ الْوَلَدِ بِاكْتِسَابِ سَبَبِ وُجُودِهِ عَادَةً وهو الْإِيلَادُ ثُمَّ الْإِيلَادُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ النَّسَبِ فَالْإِعْتَاقُ يَكُون سَبَبًا لِثُبُوتِ الْوَلَاءِ كَالْإِيلَادِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ النبي الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَبَعْدَ هذا يَقَعُ الْكَلَامُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ ثُبُوتِهِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ

الثُّبُوتِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الثَّابِتِ وَكَيْفِيَّتِهِ وفي بَيَانِ قَدْرِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ له أَمَّا سَبَبُ ثُبُوتِهِ فَالْعِتْقُ سَوَاءٌ كان الْعِتْقُ حَاصِلًا بِصُنْعِهِ وهو الْإِعْتَاقُ أو ما يَجْرِي مَجْرَى الْإِعْتَاقِ شَرْعًا كَشِرَاءِ الْقَرِيبِ وَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ أو بِغَيْرِ صُنْعِهِ بِأَنْ وَرِثَ قَرِيبَهُ وَسَوَاءً أَعْتَقَهُ لِوَجْهِ اللَّهِ أو لِوَجْهِ الشَّيْطَانِ وَسَوَاءٌ أَعْتَقَهُ تَطَوُّعًا أو عن وَاجِبٍ عليه كَالْإِعْتَاقِ عن كَفَّارَةِ الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْإِفْطَارِ وَالْإِيلَاءِ وَالْيَمِينِ وَالنَّذْرِ
وَسَوَاءٌ كان الْإِعْتَاقُ بِغَيْرِ بَدَلٍ أو بِبَدَلٍ وهو الْإِعْتَاقُ على مَالٍ وَسَوَاءٌ كان مُنَجَّزًا أو مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ أو مُضَافًا إلَى وَقْتٍ وَسَوَاءٌ كان صَرِيحًا أو يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ أو كِنَايَةً أو يَجْرِي مَجْرَى الْكِنَايَةِ
وَكَذَا الْعِتْقُ الْحَاصِلُ بِالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ
وَيَسْتَوِي فيه صَرِيحُ التَّدْبِيرِ وَالْإِعْتَاقِ والإستيلاد وَالْكِتَابَةِ وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُ النبي الْوَلَاءُ لِمَنْ أعتق (((أعتقه))) من غَيْرِ فَصْلٍ
وَعَلَى هذا إذَا أَمَرَ الْمَوْلَى غَيْرَهُ بِالْإِعْتَاقِ في حَالِ حَيَاتِهِ أو بَعْدَ وَفَاتِهِ أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْآمِرِ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَقَعُ عنه
وَلَوْ قال لِآخَرَ أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَعْتَقَ فَالْوَلَاءُ لِلْآمِرِ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَقَعُ عنه اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَقَعُ عن الْمَأْمُورِ وهو قَوْلُ زُفَرَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ أَمَرَ بِإِعْتَاقِ عبد الْغَيْرِ عن نَفَسِهِ وَهَذَا لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَقَعُ بِدُونِ الْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ لِلْآمِرِ بَلْ

لِلْمَأْمُورِ فَكَانَ الْعِتْقُ عنه
وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بِالْفِعْلِ أَمْرٌ بِمَا لَا وُجُودَ لِلْفِعْلِ بِدُونِهِ كَالْأَمْرِ بِصُعُودِ السَّطْحِ يَكُونُ أَمْرًا بِنَصْبِ السُّلَّمِ وَالْأَمْرُ بِالصَّلَاةِ يَكُونُ أَمْرًا بِالطَّهَارَةِ وَنَحْوِ ذلك وَلَا وُجُودَ لِلْعِتْقِ عن الْآمِرِ بِدُونِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فَكَانَ أَمْرُ الْمَالِكِ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ عنه بِالْبَدَلِ الْمَذْكُورِ أَمْرًا بِتَمْلِيكِهِ منه بِذَلِكَ الْبَدَلِ ثُمَّ بِإِعْتَاقِهِ عنه تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ كَأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ فقال بِعْهُ مِنِّي وأعتقه عَنِّي فَفَعَلَ
وَلَوْ قال أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي ولم يذكر الْبَدَلَ فَأَعْتَقَ فَالْوَلَاءُ لِلْمَأْمُورِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْعِتْقَ عنه وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هذا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى
وَلَهُمَا الْفَرْقُ بين الْمَسْأَلَتَيْنِ وهو أَنَّهُ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَمْكَنَ إثْبَاتُ الْمِلْكِ لِلْآمِرِ بِالْبَدَلِ الْمَذْكُورِ بِمُقْتَضَى الْأَمْرِ بِالْإِعْتَاقِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في الْبَيْعِ الصَّحِيحِ لَا يَقِفُ على الْقَبْضِ بَلْ يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَصَارَ الْمَأْمُورُ بَائِعًا عَبْدَهُ منه بِالْبَدَلِ الْمَذْكُورِ ثُمَّ مُعْتِقًا عنه بِأَمْرِهِ وَتَوْكِيلِهِ
وَأَمَّا في الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا يُمْكِنُ إثْبَاتُ الْمِلْكِ بِالتَّمْلِيكِ الثَّابِتِ بِطَرِيقِ الِاقْتِضَاءِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ من غَيْرِ عِوَضٍ يَكُونُ هِبَةً وَالْمِلْكُ في بَابِ الْهِبَةِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْقَبْضِ فإذا أَعْتَقَ فَقَدْ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ لَا مِلْكَ الْآمِرِ فَيَقَعُ عن نَفْسِهِ فَكَانَ الْوِلَايَةُ له فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ قال أَعْتِقْ عَبْدَك ولم يَقُلْ شيء آخَرَ فَأَعْتَقَ فَالْوَلَاءُ لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّ الْعِتْقَ عنه لِأَنَّهُ عَتَقَ عن نَفَسِهِ لَا عن الْآمِرِ لِعَدَمِ الطَّلَبِ من الْآمِرِ بِالْإِعْتَاقِ عنه

وَلَوْ قال أَعْتِقْ عَبْدَك على أَلْفِ دِرْهَمٍ ولم يَقُلْ عَنِّي فَأَعْتَقَ تَوَقَّفَ على قَبُولِ الْعَبْدِ إذَا كان من أَهْلِ الْقَبُولِ فَإِنْ قَبِلَ في مَجْلِسِ عِلْمِهِ يَعْتِقْ وَيَلْزَمْهُ الْمَالُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ لم يَطْلُبْ إعْتَاقَ الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا طَلَبَ إعْتَاقَ الْعَبْدِ لِلْعَبْدِ وهو فُضُولِيٌّ فيه فإذا عَتَقَ الْمَالِكُ تَوَقَّفَ إعْتَاقُهُ على إجَازَةِ الْعَبْدِ كما إذَا قال لِغَيْرِهِ بِعْ عَبْدَك هذا من فُلَانٍ على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ فُلَانٍ كَذَا هذا

وَسَوَاءٌ كان الْمُعْتِقُ ذَكَرًا أو أُنْثَى لِوُجُودِ السَّبَبِ مِنْهُمَا وَلِعُمُومِ قَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ

وقال ليس لِلنِّسَاءِ من الْوَلَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ الحديث وَالْمُسْتَثْنَى من الْمَنْفِيِّ مُثْبَتٌ ظَاهِرًا وَسَوَاءٌ كان الْمُعْتِقُ وَالْمُعْتَقُ مُسْلِمَيْنِ أو كَافِرَيْنِ أو كان أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ كَافِرًا لِوُجُودِ السَّبَبِ وَلِعُمُومِ الحديث حتى لو أَعْتَقَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا أو ذِمِّيٌّ مُسْلِمًا فَوَلَاءُ الْمُعْتَقِ مِنْهُمَا لِلْمُعْتِقِ لِمَا قُلْنَا إلَّا أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ لِانْعِدَامِ شَرْطِ الْإِرْثِ وهو اتِّحَادُ الْمِلَّةِ

قال النبي لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ بِشَيْءٍ وقال لَا يَرِثُ الْمُؤْمِنُ من الْكَافِرِ وَلَا الْكَافِرُ من الْمُؤْمِنَ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ ثَابِتًا لِإِنْسَانٍ وَلَا يَرِثُ بِهِ لِانْعِدَامِ شَرْطِ الْإِرْثِ بِهِ على ما نَذْكُرُ حتى لو أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ مِنْهُمَا قبل مَوْتِ الْمُعْتِقِ ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتِقِ يَرِثُ بِهِ لتحقق (((لتحقيق))) الشَّرْطِ وَكَذَا لو كان لِلذِّمِّيِّ الذي هو مُعْتِقُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ عَصَبَةٌ من الْمُسْلِمِينَ بِأَنْ كان له عَمٌّ مُسْلِمٌ أو ابن عَمٍّ مُسْلِمٍ فإنه يَرِثُ الْوَلَاءَ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ يُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الْمَيِّتِ وَإِنْ لم يَكُنْ له عَصَبَةٌ من الْمُسْلِمِينَ يُرَدَّ إلَى بَيْتِ الْمَالِ

وَلَوْ كان عَبْدٌ مُسْلِمٌ بين مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فَأَعْتَقَاهُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ فَنِصْفُ وَلَائِهِ لِلْمُسْلِمِ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ يَرِثُ الْمُسْلِمَ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ لِأَقْرَبِ عَصَبَةِ الذِّمِّيِّ من الْمُسْلِمِينَ إنْ كان له عَصَبَةُ مُسْلِمٍ وَإِنْ لم يَكُنْ يُرَدَّ إلَى بَيْتِ الْمَالِ

وَلَوْ أَعْتَقَ حَرْبِيٌّ عَبْدَهُ الْحَرْبِيَّ في دَارِ الْحَرْبِ لم يَصِرْ بِذَلِكَ مَوْلَاهُ حتى لو خَرَجَا إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمَيْنِ لَا وَلَاءَ له وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِكَلَامِ الْإِعْتَاقِ وَإِنَّمَا يَعْتِقُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالْعِتْقُ الثَّابِتُ بِالتَّخْلِيَةِ لَا يُوجِبُ الْوَلَاءَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَصِيرُ مَوْلَاهُ وَيَكُونُ له وَلَاؤُهُ لِأَنَّ إعتاق (((إعتاقه))) بِالْقَوْلِ قد صَحَّ في دَارِ الْحَرْبِ

وَكَذَلِكَ لو دَبَّرَهُ في دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ اسْتِيلَادَهُ جَائِزٌ وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ مَبْنَى الِاسْتِيلَادِ على ثُبُوتِ النَّسَبِ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ في دَارِ الْحَرْبِ

وَلَوْ أَعْتَقَ مسل (((مسلم))) عَبْدًا لِهِ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا في دَارِ الْحَرْبِ فَوَلَاؤُهُ له لِأَنَّ إعْتَاقَهُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا له حَرْبِيًّا في دَارِ الْحَرْبِ لَا يَصِيرُ مَوْلَاهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِالْقَوْلِ وَإِنَّمَا يَعْتِقُ بِالتَّخْلِيَةِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَصِيرُ مَوْلَاهُ لِثُبُوتِ الْعِتْقِ بِالْقَوْلِ

وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فيه مُضْطَرِبٌ حتى لو أَسْلَمَ الْعَبْدُ في دَارِ الْحَرْبِ وَخَرَجَا مُسْلِمَيْنِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا وَلَاءَ لِلْمُعْتِقِ على الْمُعْتَقِ وَلِلْمُعْتَقِ أَنْ يُوَالِيَ من شَاءَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَرِثُ الْمُعْتِقُ من الْمُعْتَقِ وَلَهُ وَلَاؤُهُ إذَا خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ وَإِنْ سُبِيَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ كان مَمْلُوكًا لِلَّذِي سَبَاهُ في قَوْلِهِمْ جميعا وَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا أو حُرًّا فَإِنْ كان مَمْلُوكًا

كان مَحَلًّا لِلِاسْتِيلَادِ وَالتَّمَلُّكِ وَكَذَا إنْ كان حُرًّا لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ الْحُرَّ مَحَلٌّ للإستيلاد وَالتَّمَلُّكِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا دخل رَجُلٌ من أَهْلِ الْحَرْبِ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ فَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ رَجَعَ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَسُبِيَ فَاشْتَرَاهُ عَبْدُهُ الْمُعْتَقُ فَأَعْتَقَهُ أن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ مولى صَاحِبِهِ حتى أن أَيَّهُمَا مَاتَ ولم يَتْرُكْ عَصَبَةً من النَّسَبِ ورثة صَاحِبُهُ لِوُجُودِ سَبَبِ الْإِرْثِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو الْإِعْتَاقُ وَشَرْطُهُ وَكَذَا الذِّمِّيُّ إذَا أَعْتَقَ عَبْدًا له ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ الْعَبْدُ ثُمَّ هَرَبَ الذِّمِّيُّ الْمُعْتَقُ نَاقِضًا لِلْعَهْدِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَسُبِيَ وَأَسْلَمَ فَاشْتَرَاهُ الْعَبْدُ الذي كان أَعْتَقَهُ فَأَعْتَقَهُ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مولى صَاحِبِهِ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ إذَا أَعْتَقَتْ عَبْدًا لها ثُمَّ ارْتَدَّتْ الْمَرْأَةُ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سُبِيَتْ فَاشْتَرَاهَا الذي كانت الْمَرْأَةُ أَعْتَقَتْهُ فَأَعْتَقَهَا كان الرَّجُلُ مولى الْمَرْأَةِ وَالْمَرْأَةُ مَوْلَاةَ الرَّجُلِ لِوُجُودِ الْإِعْتَاقِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ الْعِتْقُ كما هو سَبَبُ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ لِلْمُعْتِقِ فَهُوَ سَبَبُ وُجُوبِ الْعَقْلِ عليه حتى لو جَنَى الْمُعْتَقُ كان عَقْلُهُ على الْمُعْتِقِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ عليه حِفْظَهُ فإذا جَنَى فَقَدْ قَصَّرَ في الْحِفْظِ

وَأَمَّا شَرْطُ ثُبُوتِهِ فَلِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ شَرَائِطُ بَعْضُهَا يَعُمُّ وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ وَوَلَاءَ وَلَدِ الْعَتَاقَةِ وَبَعْضُهَا يَخُصُّ وَلَاءَ وَلَدِ الْعَتَاقَةِ فَأَمَّا الذي يَعُمّهُمَا جميعا فَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ لِلْعَبْدِ الْمُعْتَقِ أو لِوَلَدِهِ عَصَبَةٌ من جِهَةِ النَّسَبِ فَإِنْ كان لَا يَرِثُهُ الْمُعْتِقُ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ من طَرِيقِ التَّعْصِيبِ وفي الْعَصَبَاتِ يُعْتَبَرُ الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى وَلَا شَكَّ أَنَّ الْعَصَبَةَ من جِهَةِ النَّسَبِ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَاءَ وَإِنْ كان لُحْمَةً كَلُحْمَةِ النَّسَبِ كما نَطَقَ بِهِ الْحَدِيثُ لَكِنَّهُ لَا يَكُونُ مِثْلَ حَقِيقَةِ النَّسَبِ فَكَانَ اعْتِبَارُ حَقِيقَةِ النَّسَبِ أَوْلَى فَإِنْ لم يَكُنْ له عَصَبَةٌ من جِهَةِ النَّسَبِ وَلَهُ أَصْحَابُ الْفَرَائِضِ أو ذَوُو الْأَرْحَامِ فَحُكْمُهُ يُذْكَرُ في مَوْضِعَيْنِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا الذي يَخُصُّ وَلَدَ الْعَتَاقَةِ فَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ مُعْتَقَةً فَإِنْ كانت مَمْلُوكَةً فَلَا وَلَاءَ لِأَحَدٍ عليه ما دَامَ مَمْلُوكًا سَوَاءٌ كان الْأَبُ حُرًّا أو مَمْلُوكًا لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فَكَانَ مَمْلُوكًا لِمَوْلَى أُمِّهِ فَلَا يُتَصَوَّرُ الْوَلَاءُ

وَمِنْهَا أَنْ لَا تَكُونُ الْأُمُّ حُرَّةً أَصْلِيَّةً فَإِنْ كانت فَلَا وَلَاءَ لِأَحَدٍ على وَلَدِهَا وَإِنْ كان الْأَبُ مُعْتَقًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ وَلَا وَلَاءَ لِأَحَدٍ على أُمِّهِ فَلَا وَلَاءَ على وَلَدِهَا فَإِنْ كانت الْأُمُّ مُعْتَقَةً وَالْأَبُ مُعْتَقًا فَالْوَلَدُ يَتْبَعُ الْأَبَ في الْوَلَاءِ وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأَبِ لَا لِمَوْلَى الْأُمِّ لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ وَالْأَصْلُ في النَّسَبِ هو الْأَبُ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْأَبُ عَرَبِيًّا فَإِنْ كان الْأَبُ عَرَبِيًّا وَالْأُمُّ مَوْلَاةً لِقَوْمٍ فَالْوَلَدُ تَابِعٌ لِلْأَبِ وَلَا وَلَاءَ عليه لِأَنَّ الْوَلَاءَ أَثَرٌ من آثَارِ الرِّقِّ وَلَا رِقَّ على عَرَبِيٍّ وَلَوْ كان الْأَبُ نَبَطِيًّا وهو حُرٌّ مُسْلِمٌ لم يَعْتِقْ وَلَهُ وَلَاءُ مُوَالَاةٍ أو لم يَكُنْ فَالْوَلَدُ يَتْبَعُ الْأُمَّ في وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَكُونُ تَبَعًا لِلْأَبِ كما في الْعَرَبِيِّ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن النَّسَبَ يُشْبِهُ النَّسَبَ وَالنَّسَبُ إلَى الاباء وَإِنْ كان أَضْعَفَ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأُمَّ لو كانت من الْعَرَبِ وَالْأَبُ من الْمَوَالِي فَالْوَلَدُ يَكُون تَابِعًا لِقَوْمِ الْأَبِ وَلَهُمَا أَنَّ وَلَاءَ الْأُمِّ لِمَوَالِيهَا لِأَجْلِ النُّصْرَةِ فَيَثْبُتُ لِلْوَلَدِ هذه النُّصْرَةُ وَلَا نُصْرَةَ له من جِهَةِ الْأَبِ لِأَنَّ من سِوَى الْعَرَبِ لَا يَتَنَاصَرُونَ بِالْقَبَائِلِ فَصَارَ كَمُعْتَقَةٍ تَزَوَّجْت عَبْدًا فَيَكُونُ وَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ لِلْأَبِ مَوْلًى عَرَبِيٌّ فَإِنْ كان لَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ عليه لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَرَبِيِّ لِقَوْلِ النبي إنَّ مولى الْقَوْمِ منهم
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْوَلَدُ مُعْتَقًا فَإِنْ كان لَا يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي الْأَبِ وَلَا لِمَوَالِي الْأُمِّ بَلْ يَكُونُ لِمَنْ أَعْتَقَهُ لِأَنَّهُ إذَا أُعْتِقَ صَارَ له وَلَاءُ نَفْسِهِ لِقَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ في الْوَلَاءِ وَبَيَانُ هذا الْأَصْلِ يُذْكَرُ في بَيَانِ صِفَةِ الْوَلَاءِ
وَأَمَّا صِفَتُهُ فَلَهُ صِفَاتٌ منها أَنَّ الْإِرْثَ بِهِ عِنْدَ وُجُودِ سَبَبِ ثُبُوتِهِ وَشَرْطِهِ من طَرِيقِ التَّعْصِيبِ وَمَعْنَى هذا الْكَلَامِ أَنَّ الْمُعْتِقَ إنَّمَا يَرِثُ بِالْوَلَاءِ مَالَ الْمُعْتَقِ بِطَرِيقِ الْعُصُوبَةِ وَيَكُونُ الْمُعْتِقُ آخِرَ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ مُقَدَّمًا على ذَوِي الْأَرْحَامِ وَعَلَى أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ في اسْتِحْقَاقِ ما فَضَلَ من سِهَامِهِمْ حتى أنه لو لم يَكُنْ لِلْمُعْتَقِ وَارِثٌ أَصْلًا أو كان له ذُو الرَّحِمِ كان الْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ وَإِنْ كان له أَصْحَابُ الْفَرَائِضِ فإنه يعطي فَرَائِضَهُمْ أَوَّلًا فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يعطي الْمُعْتِقَ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ له وَلَا يُرَدُّ الْفَاضِلُ على أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ وَإِنْ كَانُوا مِمَّنْ يُحْتَمَلُ الرَّدُّ عليه وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وهو قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَرُوِيَ عن عُمَرَ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ لَا يَرِثُ بِطَرِيقِ التَّعْصِيبِ وهو مُؤَخَّرٌ عن أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ في

اسْتِحْقَاقِ الْفَاضِلِ وَعَنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ
وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْله تَعَالَى { وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ } فَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ذُو الرَّحِمِ أَوْلَى من المعتق (((العتق)))
وَجْهُ قَوْلِ الْأَوَّلِينَ ما رَوَيْنَا عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ جَعَلَ وَلَاءَ مولى بِنْتِ حَمْزَةَ رضي اللَّهُ عنه بَيْنَهَا وَبَيْنَ بِنْتِ مُعْتِقِهَا نِصْفَيْنِ فَقَدْ أَقَامَ رسول اللَّهِ بِنْتَ حَمْزَةَ رضي اللَّهُ عنه مَقَامَ الْعَصَبَاتِ حَيْثُ جَعَلَ النِّصْفَ الْآخَرَ لها ولم يَأْمُرْ بِرَدِّهِ على بِنْتِ الْمُعْتِقِ وَلَوْ كان الْأَمْرُ كما زَعَمُوا لَأَمَرَ بِالرَّدِّ كما في سَائِرِ الْمَوَارِيثِ إذَا لم يَكُنْ هُنَاكَ عَصَبَةٌ وقال أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فما أَبْقَتْ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ وأولي رَجُلٍ ذَكَرٍ هَهُنَا هو الْمَوْلَى وَرُوِيَ فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ وهو الْمَوْلَى هَهُنَا
وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فقال بَعْضُهُمْ في تَأْوِيلِهَا أَيْ ذَوُو الْأَرْحَامِ من الْعَصَبَةِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ أَيْ الْأَقْرَبُ من ذَوِي الْأَرْحَامِ من الْعَصَبَاتِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ من الْأَبْعَدِ كَالِابْنِ مع ابْنِ الِابْنِ وَالْأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ مع الْأَخِ لِأَبٍ وَنَحْوِ ذلك
وإذا عُرِفَ هذا الْأَصْلُ فَبَيَانُهُ في مَسَائِلَ إذَا مَاتَ الْمُعْتَقُ وَتَرَكَ أُمًّا وَمَوْلًى فَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى عِنْدَ الْأَوَّلِينَ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ وَعِنْدَ الْآخَرِينَ الثُّلُثُ لِلْأُمِّ بِالْفَرْضِ وَالْبَاقِي رَدًّا عليها أَيْضًا
وَإِنْ تَرَكَ بِنْتًا وَمَوْلًى فَلِلْبِنْتِ فَرْضُهَا وهو النِّصْفُ وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى عِنْدَ الْأَوَّلِينَ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ وَعِنْدَ الْآخَرِينَ النِّصْفُ لِلْبِنْتِ بِالْفَرْضِ وَالْبَاقِي رَدًّا عليا (((عليها))) وَلَوْ تَرَكَ ثَلَاثَ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ
وَأَمَّا ترك (((وترك))) مَوْلَاهُ فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ فَقَدْ اسْتَغْرَقَتْ

سِهَامُهُمْ الْمِيرَاثَ فلم يَبْقَ شَيْءٌ لِلْمَوْلَى وَإِنْ تَرَكَ امْرَأَةً وَمَوْلًى فَلِلْمَرْأَةِ فَرْضُهَا وهو الرُّبُعُ وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى بِلَا خِلَافٍ وَكَذَا إذَا كان الْمُعْتَقُ أَمَةً فَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَمَوْلًى فَلِلزَّوْجِ فَرْضُهُ وهو النِّصْفُ وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى
أَمَّا على قَوْلِ الْأَوَّلِينَ فَلِأَنَّ الْمَوْلَى عَصَبَةٌ فَكَانَ الْبَاقِي له
وَأَمَّا على قَوْلِ الْآخَرِينَ فَلِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الرَّدِّ إذْ لَا يُرَدُّ على الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ فَإِنْ تَرَكَ الْمُعْتَقُ عَمَّةً وَخَالَةً وَمَوْلَاهُ فَالْمَالُ لِلْمَوْلَى في قَوْلِ الْأَوَّلِينَ لِأَنَّهُ آخِرُ الْعَصَبَاتِ يُقَدَّمُ على ذَوِي الْأَرْحَامِ وفي قَوْلِ الْآخَرِينَ لِلْعَمَّةِ الثُّلُثَانِ وَلِلْخَالَةِ الثُّلُثُ لِتَقَدُّمِ ذَوِي الْأَرْحَامِ عليه وَقِسْ على هذا نَظَائِرَهُ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَتْ الْمَرْأَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَتْهُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ فَلِلِابْنَةِ النِّصْفُ وما بَقِيَ فَلِمَوْلَاتِهِ لِأَنَّهَا عَصَبَةٌ وَهَذَا قَوْلُ الْأَوَّلِينَ
وَأَمَّا على قَوْلِ الْآخَرِينَ فَالْبَاقِي يُرَدُّ عليها بِالْقَرَابَةِ وإذا اشْتَرَتْ أَبَاهَا فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ وَلَيْسَ له عَصَبَةٌ فلإبنته النِّصْفُ بِالنَّسَبِ وما بَقِيَ فلإبنته أَيْضًا بِحَقِّ الْوَلَاءِ بِالرَّدِّ لِأَنَّهَا عَصَبَةُ الْأَبِ في الْوَلَاءِ
وَعَلَى قَوْلِ الْآخَرِينَ ما بَقِيَ يُرَدُّ عليها بِالْقَرَابَةِ فَإِنْ كان الْأَبُ أَعْتَقَ عَبْدًا قبل أَنْ يَمُوتَ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ ولم يَتْرُكْ عَصَبَةً فَإِنَّهَا تَرِثُهُ لِأَنَّهُ مُعْتَقُ مُعْتِقِهَا فَكَانَ وَلَاؤُهُ لها لِقَوْلِ النبي ليس لِلنِّسَاءِ من الْوَلَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ أو أَعْتَقَ من أَعْتَقْنَ الحديث وَالِاسْتِثْنَاءُ من النَّفْيِ إثْبَاتٌ ظَاهِرًا
فَإِنْ اشْتَرَتْ أُخْتَانِ لِأَبٍ وَأُمٍّ أَبَاهُمَا ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ولم يَتْرُكْ عَصَبَةً وَتَرَكَ ابْنَتَيْهِ هَاتَيْنِ فَلِلِابْنَتَيْنِ الثُّلُثَانِ بِالنَّسَبِ وما بَقِيَ فَلَهُمَا أَيْضًا بِلَا خِلَافٍ وَلَكِنْ عِنْدَ الْأَوَّلِينَ بِطَرِيقِ الْعُصُوبَةِ لِأَنَّهُمَا عَصَبَةٌ وَعِنْدَ الْآخَرِينَ بِطَرِيقِ الرَّدِّ وَإِنْ اشْتَرَتْ إحْدَاهُمَا أباهما ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ولم يَتْرُكْ عَصَبَةً وَتَرَك ابْنَتَيْهِ هَاتَيْنِ فَلِلِابْنَتَيْنِ الثُّلُثَانِ بِالنَّسَبِ وَلِلَّتِي اشْتَرَتْ الْأَبَ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي خَاصَّةً بِالْوَلَاءِ في قَوْلِ الْأَوَّلِينَ لِأَنَّهَا عَصَبَةٌ وفي قَوْلِ الْآخَرِينَ الْبَاقِي يُرَدُّ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ فإن اشْتَرَتَا أباهما ثُمَّ إنَّ إحْدَاهُمَا وَالْأَبُ اشْتَرَيَا أَخًا لَهُمَا من الْأَبِ ثُمَّ مَاتَ الْأَب فإن الْمَال بَيْن الإبنتين وَبَيْنَ الِابْن { لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ } لِأَنَّهُ مَاتَ حُرًّا عن ابْن حُرٍّ وَعَنْ ابْنَتَيْنِ حُرَّتَيْنِ فَكَانَ الْمِيرَاث لهم بِالْقَرَابَةِ فَلَا عبيرة (((عبرة))) لِلْوَلَاءِ في ذلك فَإِنْ مَاتَ الِابْنُ بَعْد ذلك فَلِأُخْتَيْهِ الثُّلُثَانِ بِالنَّسَبِ وَالثُّلُث الْبَاقِي نِصْفُهُ التي (((للتي))) اشْتَرَتْهُ مع الْأَب خَاصَّة لِأَنَّ لها نِصْف وَلَاء الْأَخ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِشِرَائِهَا وَشِرَاءِ الْأَب فَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنهمَا وما بَقِيَ فَبَيْنهمَا نِصْفَانِ لِأَنَّهُمَا مُشْتَرَكَتَانِ في وَلَاءِ الْأَب فَصَارَ حِصَّة الْأَب بَيْنهمَا نِصْفَيْنِ وهو سُدُس جَمِيع الْمَال وَتَخْرُج الْمَسْأَلَة من اثْنَيْ عَشَرَ للاختين الثُّلُثَانِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَرْبَعَة أَسْهُم وَنِصْف ثُلُث الْبَاقِي وَذَلِكَ سَهْمَانِ لِلَّتِي اشْتَرَتْهُ مع الْأَب بِالْوَلَاءِ وَنِصْفُ الثُّلُث بَيْنهمَا نِصْفَانِ لولاء (((بولاء))) الْأَبِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سَهْمٌ فَصَارَ لِلَّتِي اشْتَرَتْهُ سَبْعَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْأُخْرَى خَمْسَةُ أَسْهُمٍ وَهَذَا على قِيَاسِ قَوْلِ عَلِيٍّ

وَابْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَأَمَّا على قِيَاسِ قَوْلِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما إذَا مَاتَ الِابْنُ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ فَلِأُخْتَيْهِ الثُّلُثَانِ بِالنَّسَبِ كما قالوا وَالثُّلُثُ الْبَاقِي يُرَدُّ عَلَيْهِمَا فَإِنْ

اشْتَرَتْ إحْدَاهُمَا الْأَبَ وَاشْتَرَتْ الْأُخْرَى وَالْأَبُ أَخًا لَهُمَا ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ فَالْمَالُ بين الِابْنِ وَالِابْنَتَيْنِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الانثيين لِمَا قُلْنَا
فَإِنْ مَاتَ الْأَخُ بَعْدَ ذلك فَلِلْأُخْتَيْنِ الثُّلُثَانِ بِالنَّسَبِ وَنِصْفُ الثُّلُثِ الْبَاقِي لِلَّتِي اشْتَرَتْ الْأَخَ مع الْأَبِ وما بَقِيَ فَهُوَ لِلَّتِي اشْتَرَتْ الْأَبَ خَاصَّةً فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَهَذَا على قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَأَمَّا على قَوْلِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما فَالثُّلُثُ الْبَاقِي يُرَدُّ عَلَيْهِمَا وَاَللَّهُ عز وجل أعلم (((الموفق)))
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يُورَثُ من الْمُعْتَقِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَا يَكُونُ سَبِيلُهُ سَبِيلَ الْمِيرَاثِ وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ بِنَفْسِهَا وَهُمْ الذُّكُورُ من عَصَبَتِهِ لَا الاناث وَلَا الذُّكُورُ من أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ
وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُ النبي الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ أَيْ لَا يُورَثُ من الْمُعْتَقِ لاجماعنا على أَنَّهُ يُورَثُ من الْمُعْتِقِ وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لَمَّا كان سَبَبُهُ النَّسَب ثُمَّ النَّسَبُ لَا يُورَثُ نَفَسُهُ وَإِنْ كان يُورَثُ بِهِ فَكَذَا الْوَلَاءُ
وَرَوَيْنَا عن النُّجَبَاءِ السَّبْعَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا بِلَفْظٍ وَاحِدٍ الْوَلَاءُ لِلْكِبَرِ فَالظَّاهِرُ هو السَّمَاعُ فَإِنْ لم يَكُنْ فَقَدْ ظَهَرَتْ الْفَتْوَى بَيْنَهُمْ ولم يَظْهَرْ لهم فيها مُخَالِفٌ فَيَكُونَ إجْمَاعًا وَمَعْنَى قَوْلِهِمْ الْوَلَاءُ لِلْكِبَرِ أَيْ لِلْأَقْرَبِ وهو أَقْرَبُ الْعَصَبَةِ إلَى الْمُعْتَقِ يُقَالُ
فلان أَكْبَرُ قَوْمِهِ إذَا كان كان أَقْرَبَهُمْ إلَى الْأَصْلِ الذي يُنْسَبُونَ إلَيْهِ وَإِنَّمَا شَرْطنَا الذُّكُورَةَ في هذه الْعُصُوبَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْعَصَبَةِ هُمْ الذُّكُورُ إذْ الْعَصَبَةُ عِبَارَةٌ عن الشِّدَّةِ وَالْقُوَّةِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى خَبَرًا عن بَنِي يَعْقُوبَ عليهم الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إذْ قالوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إلَى أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ } أَيْ جَمَاعَةٌ أَقْوِيَاءُ أَشِدَّاءُ قَادِرُونَ على النَّفْعِ وَالدَّفْعِ وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وَعَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيّ وَشُرَيْحٍ أَنَّ الْوَلَاءَ يَجْرِي مَجْرَى الْمَالِ فَيُورَثُ من الْمُعْتِقِ كما يُورَثُ سَائِرُ أَمْوَالِهِ إلَّا أَنَّهُ إنَّمَا يَرِثُ منه الرِّجَالُ لَا النِّسَاءُ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُ النبي ليس لِلنِّسَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ الْخَبَرَ وكان شُرَيْحٌ يقول من أَحْرَزَ شيئا في حَيَاتِهِ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ
وَاحْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا من أَحْرَزَ الْمَالَ أَحْرَزَ الْوَلَاءَ فَقَدْ أَنْزَلُوهُ مَنْزِلَةَ الْمَالِ فَدَلَّ على أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَالِ وَالْجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِمْ من أَحْرَزَ الْمَالَ أَحْرَزَ الْوَلَاءَ أَيْ من أَحْرَزَ الْمَالَ من عَصَبَةِ الْمُعْتِقِ يوم مَوْتِ الْمُعْتَقِ أَحْرَزَ الْوَلَاءَ أَيْضًا بِدَلِيلِ أَنَّ الْمَرْأَةَ تُحْرِزُ الْمَالَ وَلَا تُحْرِزُ الْوَلَاءَ بِالْإِجْمَاعِ وَبِالْحَدِيثِ فَعُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ مَنْعُ الْعَصَبَاتِ وَبِهِ نَقُولُ وَلِأَنَّ في الْحَمْلِ على ما قُلْنَا عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ فَهُوَ أَوْلَى
ثُمَّ بَيَانُ هذا في الْأَصْلِ في مَسَائِلَ في رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدًا له ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الِابْنَيْنِ وَتَرَكَ ابْنًا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَوَلَاؤُهُ لِابْنِ الْمُعْتِقِ لِصُلْبِهِ لَا لِابْنِ ابْنِهِ لِأَنَّهُ الْأَكْبَرُ إذْ هو أَقْرَبُ عَصَبَاتِ الْمُعْتِقِ بِنَفْسِهَا
وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ كَوْنُ الْمُسْتَحِقِّ عَصَبَةً يوم مَوْتِ الْمُعْتِقِ لَا يوم مَوْتِ الْمُعْتَقِ وَيُعْتَبَرُ له الْكِبَرُ من حَيْثُ الْقُرْبُ لَا من حَيْثُ السِّنُّ أَلَا تَرَى أَنَّ الِابْنَ قد يَكُونُ أَكْبَرَ سِنًّا من عَمِّهِ الذي هو ابن الْمُعْتِقِ وَهَذَا على قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وَأَمَّا على قَوْلِ إبْرَاهِيمَ وَشُرَيْحٌ فَالْمَالُ بين ابْنِ الْمُعْتِقِ وَبَيْنَ ابْنِ ابْنِهِ نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ يَجْرِي مَجْرَى الْمِيرَاثِ عِنْدَهُمَا فَكَمَا مَاتَ الْمُعْتَقُ فَقَدْ وَرِثَاهُ جميعا فَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إلَيْهِمَا ثُمَّ إذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إلَى وَلَدِهِ كما في مِيرَاثِ الْمَالِ فَإِنْ مَاتَ الِابْنُ الْبَاقِي وَتَرَكَ ابْنًا ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتِقُ فَالْوَلَاءُ بين ابْنِ هذا الْمَيِّتِ وَبَيْنَ ابْنِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ نِصْفَيْنِ بِلَا خِلَافٍ

أَمَّا على قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ فَلِاسْتِوَائِهِمَا في الْعُصُوبَةِ
وَأَمَّا على قَوْلِ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَشُرَيْحٍ فَلِانْتِقَالِ نَصِيبِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى وَلَده وَلَوْ كان الْأَوَّلُ حين مَاتَ تَرَكَ ابْنَيْنِ ثُمَّ مَاتَ الْبَاقِي وَتَرَك ابْنًا وَاحِدًا ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ بين ابْنِ هذا وَابْنَيْ الْأَوَّلِ يَكُونُ ثَلَاثًا عِنْدَنَا لِاسْتِوَاءِ الْكُلِّ في الْعُصُوبَةِ وَعِنْدَهُمَا الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ النِّصْفُ لِابْنِ هذا وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بين ابْنَيْ الْأَوَّلِ نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَجْعَلَانِ لِكُلِّ وَلَدٍ وَاحِدٍ حِصَّةَ أبيه فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ فَمَاتَ الْبَنُونَ وَتَرَكَ أَحَدُهُمْ ابْنًا وَاحِدًا وَتَرَكَ الْآخَرُ خَمْسَةَ بَنِينَ وَتَرَكَ الثَّالِثُ عَشَرَةَ بَنِينَ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ وَتَرَكَ مَالًا فَمَالُهُ بين أَوْلَادِ الْبَنِينَ بِالسَّوِيَّةِ على عَدَدِ الرؤوس في قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ لِاسْتِوَائِهِمْ في الْعُصُوبَةِ وَالْقُرْبِ من الْمُعْتَقِ
وَعَلَى قَوْلِ إبْرَاهِيمَ وَشُرَيْحٍ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ثُلُثٌ لِابْنِ

الِابْنِ الْوَاحِدِ وَالثُّلُثُ الْآخَرُ بين الْخَمْسَةِ بَنِي الِابْنِ وَالثُّلُثُ الْآخَرُ بين الْعَشَرَةِ بَنِي الِابْنِ فَتَصِحُّ فَرِيضَتُهُمْ من ثَلَاثِينَ سَهْمًا لِابْنِ الِابْنِ الْوَاحِدِ عَشَرَةٌ وَعَشَرَةٌ بين بَنِي الِابْنِ الْآخَرِ على خَمْسَةٍ وَعَشَرَةٌ بين بَنِي الِابْنِ الْآخَرِ وهو الثَّالِثُ على عَشَرَةٍ
وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ هو وَابْنُهُ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ أَحَدُهُمَا شَرِيكُهُ في الْإِعْتَاقِ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَنِصْفُ الْوَلَاءِ لِابْنِهِ الذي هو شَرِيكُ أبيه خَاصَّةً لِأَنَّهُ شَرِيكُهُ في الْإِعْتَاقِ وَالنِّصْفُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِأَنَّ ذلك حِصَّةُ أبيه فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ فَيَصِيرُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا على أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِلِابْنِ الذي كان شَرِيكَ أبيه وَالرُّبُعُ لِلْآخَرِ فَإِنْ مَاتَ شَرِيكُ أبيه قبل الْعَبْدِ وَتَرَكَ ابْنًا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَلِابْنِ الِابْنِ نِصْفُ الْوَلَاءِ الذي كان لِأَبِيهِ خَاصَّةً وَالنِّصْفُ الْآخَرُ لِلِابْنِ وَحْدَهُ لِأَنَّهُ الْكبير (((الكبر))) من عَصَبَةِ الْأَبِ فَكَانَ أَحَقَّ بِنَصِيبِهِ من الْوَلَاءِ فَيَصِيرُ نِصْفُ الْوَلَاءِ لِلْعَمِّ وَنِصْفُهُ لِابْنِ أَخِيهِ
فَإِنْ مَاتَ الْعَمُّ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَنِصْفُ الْوَلَاءِ لِابْنِ شَرِيكِ أبيه خَاصَّةً وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ابْنِي عَمِّهِ أَثْلَاثًا لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم الثُّلُثُ فَيَصِيرُ لِابْنِ شَرِيكِ أبيه الثُّلُثَانِ وَيَصِيرُ لِابْنَيْ عَمِّهِ الثُّلُثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ ابْنًا وَأَبًا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ لَا لِلْأَبِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعَامَّةِ الْفُقَهَاءِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ سُدُسَا الْوَلَاءِ لِلْأَبِ وَالْبَاقِي لِلِابْنِ وهو قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وشريح (((وشريك))) وَهَذَا على أَصْلِهِمَا صَحِيحٌ لِأَنَّهُمَا يُنْزِلَانِ الْوَلَاءَ مَنْزِلَةَ الْمِيرَاثِ وَالْحُكْمُ في الْمِيرَاثِ هذا وَإِنَّمَا الْمُشْكِلُ قَوْلُ أبي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ ما يَتْرُكُهُ الْمُعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ مَحَلَّ الْإِرْثِ بَلْ يَجْعَلُهُ لِعَصَبَةِ الْمُعْتِقِ بِنَفْسِهَا وَالْأَبُ لَا عُصُوبَةَ له مع الِابْنِ بَلْ هو صَاحِبُ فَرِيضَةٍ كما في مِيرَاثِ الْمَالِ فَكَانَ الِابْنُ هو الْعَصَبَةُ فَكَانَ الْوَلَاءُ له
فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ أَبًا وَثَلَاثَةَ أخوة مُتَفَرِّقِينَ أَخًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخًا لِأَبٍ وَأَخًا لِأُمٍّ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ لِلْأَبِ خَاصَّةً لِأَنَّهُ الْعَصَبَةُ فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ لِلْأَخِ من الْأَبِ وَالْأُمِّ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ إلَى الْمُعْتِقِ فَإِنْ مَاتَ الْأَخُ من الْأَبِ وَالْأُمِّ وَتَرَكَ ابْنًا فإن الْوَلَاءَ يَرْجِعُ إلَى الْأَخِ لِأَبٍ

لِأَنَّهُ الكبير (((الكبر)))
فَإِنْ مَاتَ الْأَخُ من الْأَبِ وَتَرَكَ ابْنًا فإن الْوَلَاءَ يَرْجِعُ إلَى ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فَإِنْ مَاتَ ابن الْأَخِ من الْأَبِ وَالْأُمِّ وَتَرَكَ ابْنًا فإن الْوَلَاءَ يَرْجِعُ إلَى ابْنِ الْأَخِ من الْأَبِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ
فَإِنْ مَاتَ ابن الْأَخِ من الْأَبِ وَتَرَكَ ابْنًا فإن الْوَلَاءَ يَرْجِعُ إلَى ابْنِ ابْنِ الْأَخِ من الْأَبِ وَالْأُمِّ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ وَلَا يَرِثُ الْأَخُ من الْأُمِّ وَلَا أَحَدَ من ذَوِي الْأَرْحَامِ شيئا من الْوَلَاءِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ جَدَّهُ أَبَا أبيه وَأَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ أو لِأَبِيهِ فَالْوَلَاءُ لِلْجَدِّ لَا لِلْأَخِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْوَلَاءُ بين الْجَدِّ وَالْأَخِ نصفين (((نصفان))) بِنَاءً على أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِلْأَخِ مع الْجَدِّ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يُوَرِّثَانِ الْأَخَ مع الْجَدِّ بِالتَّعْصِيبِ
فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتِقُ وَتَرَكَ ابْنًا وَبِنْتًا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ لَا لِلْبِنْتِ لِأَنَّ الِابْنَ هو الْعَصَبَةُ بِنَفْسِهِ لَا الْبِنْتُ وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ليس لِلنِّسَاءِ من الْوَلَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ أو أَعْتَقَ من أَعْتَقْنَ أو كَاتَبْنَ أو كَاتَبَ من كَاتَبْنَ ولم يُوجَدْ هَهُنَا الْمُسْتَثْنَى فَبَقِيَ اسْتِحْقَاقُهَا الْوَلَاءَ على أَصْلِ النَّفْيِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ النِّسَاءَ لَا يَرِثْنَ بِالْوَلَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ أو أَعْتَقَ من أَعْتَقْنَ أو كَاتَبْنَ أو كَاتَبَ من كَاتَبْنَ أو دَبَّرْنَ أو دَبَّرَ من دَبَّرْنَ وَأَوْلَادُهُمْ وَأَوْلَادُ أَوْلَادِهِمْ وَإِنْ سَفَلُوا إذَا كَانُوا من امْرَأَةٍ مُعْتَقَةٍ أو ما جَرَّ مُعْتِقُهُنَّ من الْوَلَاءِ إلَيْهِنَّ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ عَبْدًا لهما (((لها))) ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ وَلَا وَارِثَ له فَوَلَاؤُهُ لِلْمَرْأَةِ لِقَوْلِهِ خَاصَّةً في النِّسَاءِ ليس لِلنِّسَاءِ من الْوَلَاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ وَهَذَا مُعْتَقُهَا وَلِعُمُومِ قَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَمَنْ تَعُمُّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى فَلَوْ أَنَّ مُعْتِقَهَا أَعْتَقَ عَبْدًا له ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْأَسْفَلُ ولم يَتْرُكْ وَارِثًا فولاءه (((فولاؤه))) لِمَوْلَاهُ الذي أَعْتَقَهُ وَلَا يَرِثُ مَوْلَاهُ منه شيئا لِأَنَّهُ مُعْتِقُ مَوْلَاهُ وَلَيْسَ بِمُعْتَقِهَا حَقِيقَةً بَلْ مُعْتِقِ مُعْتِقِهَا فَكَانَ إثْبَاتُ الْوَلَاءِ لِلْمُعْتِقِ حَقِيقَةً أَوْلَى

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْأَعْلَى ولم يَتْرُكْ عَصَبَةً ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْأَسْفَلُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَرْأَةِ الْمُعْتَقَةِ لِأَنَّهُ مُعْتِقُ مُعْتِقِهَا فَيَدْخُلُ تَحْتَ قَوْلِهِ أو أَعْتَقَ من أَعْتَقْنَ وَلَوْ تَرَكَ الْعَبْدُ الْأَعْلَى عَصَبَةً فما له لِعَصَبَتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ شَرْطَ الأرث بِالْوَلَاءِ أَنْ لَا يَكُونَ لَلْمُعْتِقِ عَصَبَةٌ من النَّسَبِ
وَكَذَلِكَ لو أَنَّ الْمُعْتِقَ الثَّانِي أَعْتَقَ ثَالِثًا وَالثَّالِثَ أَعْتَقَ رَابِعًا فَمِيرَاثُهُمْ كلهم إذَا مَاتُوا لها إذَا لم يُخْلِفْ من مَاتَ منهم مَوْلًى أَقْرَبَ إلَيْهِ منها وَلَا عَصَبَةً وَلَوْ كَاتَبَتْ

الْمَرْأَةُ عَبْدًا لها فَأَدَّى فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُكَاتَبُ فَوَلَاؤُهُ لها لِقَوْلِ النبي أو كَاتَبْنَ
وَكَذَا لو كان الْعَبْدُ الْمُكَاتَبُ كَاتَبَ عَبْدًا له من اكسابه فَأَدَّى الْأَسْفَلُ أَوَّلًا فَعَتَقَ كان وَلَاؤُهُ لها لِأَنَّ الْأَعْلَى ليس من أَهْلِ الْوَلَاءِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ بَعْدُ وَكَذَا إذَا أَدَّيَا جميعا مَعًا فَعَتَقَا فَوَلَاؤُهُمَا لها لِقَوْلِهِ أو كَاتَبَ من كَاتَبْنَ
وَكَذَا إذَا دَبَّرَتْ امْرَأَةٌ عَبْدًا لها فَمَاتَتْ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ كان وَلَاؤُهَا منها حتى

يَكُونَ لِلذُّكُورِ من عَصَبَتِهَا
وَكَذَا إذَا مَاتَتْ الْمَرْأَةُ حتى عَتَقَ الْمُدَبَّرُ بِمَوْتِهَا فَدَبَّرَ عَبْدًا له فَوَلَاؤُهُ يَكُونُ لِعَصَبَتِهَا وَكَذَا وَلَاءُ أَوْلَادِهَا وَوَلَاءُ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ الَّذِينَ وُلِدُوا من امْرَأَةٍ مُعْتَقَةٍ يَكُونُ لها لِأَنَّ وَلَاءَهُمْ يَثْبُتُ لِآبَائِهِمْ وَوَلَاءُ آبَائِهِمْ لها كَذَا وَلَاءُ أَوْلَادِهِمْ
امْرَأَةٌ زَوَّجَتْ عَبْدَهَا بِمَوْلَاةِ قَوْمٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا فَوَلَاءُ الْوَلَدِ يَكُونُ لِمَوْلَى أُمِّهِ وَلَا يَكُونُ لِلْمَرْأَةِ منه شَيْءٌ وَهَذَا مِمَّا لَا يُشَكُّ فيه لِأَنَّ أَبَا الْوَلَدِ ليس بِمُعْتَقٍ بَلْ هو عَبْدٌ مَمْلُوكٌ وَلَا يُتَصَوَّرُ وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ بِدُونِ الْعِتْقِ فَلَوْ أَعْتَقَتْ الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا جَرَّ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ وَلَاءَ الْوَلَدِ إلَى مَوْلَاتِهِ حتى لو مَاتَ الْوَلَدُ وَلَا وَارِثَ له كان مَالُهُ لِأَبِيهِ فَإِنْ لم يَكُنْ له أَبٌ فَإِنْ كان مَاتَ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَرْأَةِ التي أَعْتَقَتْ أَبَاهُ
هذا تَفْسِيرُ جَرِّ مَوَالِيَ النِّسَاءِ الْوَلَاءَ إلَيْهِنَّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ عَبْدًا لها ثُمَّ مَاتَتْ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَوَلَاءُ مُعْتَقِهَا لِوَلَدِهَا الذُّكُورِ إنْ كَانُوا من عَصَبَتِهَا وَعَقْلُهُ عليهم أَيْضًا بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كَانُوا من غَيْرِ عَصَبَتِهَا فَوَلَاءُ مُعْتَقِهَا لِوَلَدِهَا الذُّكُورِ الَّذِينَ هُمْ من غَيْرِ عَصَبَتِهَا وَعَقْلُهُ على سَائِرِ عَصَبَتِهَا دُونَ وَلَدِهَا فَإِنْ القرض (((انقرض))) وَلَدُهَا وَخَلَّفُوا عَصَبَةً لهم لَيْسُوا من قَوْمِ الْمَرْأَةِ الْمُعْتِقَةِ وَلَهَا عَصَبَةٌ كان لِعَصَبَتِهَا دُونَ عَصَبَةِ ابْنِهَا لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكِبَرِ وَأَنَّهُ لَا يُورَثُ
وَكَذَلِكَ ما رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال يَرْجِعُ الْوَلَاءُ إلَى عَصَبَتِهَا إذَا انْقَطَعَ وَلَدُهَا الذُّكُورُ وهو قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وإذا لم يَكُنْ لها عَصَبَةٌ من نَسَبٍ وكان لها موالي (((موال))) أَعْتَقُوهَا فَالْوَلَاءُ لِمَوَالِيهَا وكان شُرَيْحٌ يَجْعَلُ الْوَلَاءَ بَعْدَ بَنِيهَا لِعَصَبَةِ الْبَنِينَ دُونَ عَصَبَتِهَا لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْوَلَاءَ مِيرَاثًا كَالْمَالِ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ ابنها (((ابنا))) وَأَخًا لها ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فَمَالُهُ لِابْنِهَا لَا لِأَخِيهَا بِلَا خِلَافٍ فَإِنْ مَاتَ ابْنُهَا وَتَرَكَ أَخًا لِهِ وَأَبَاهُ فإن الْوَلَاءَ لِلْخَالِ دُونَ الْأَبِ لِأَنَّ الْخَالَ أَخُ الْمُعْتِقَةِ وهو عَصَبَتُهَا وَالْأَبُ لَا قَرَابَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُعْتِقَةِ وَعَلَى قَوْلِ شُرَيْحٍ الْوَلَاءُ الذي لِلْأَخِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ لَا لِلْخَالِ
لِأَنَّ الْأَبَ عَصَبَةُ الِابْنِ
وَكَذَلِكَ إذَا مَاتَ الِابْنُ وَتَرَكَ أَخًا لِأَبٍ أو عَمًّا أو جَدًّا من قِبَلِ أبيه أو تَرَكَ ابني عَمٍّ أو تَرَكَ مَوَالِيَ أبيه فَهَذَا كُلُّهُ سَوَاءٌ وَالْوَلَاءُ يَرْجِعُ إلَى عَصَبَةِ الْأُمِّ الْأَقْرَبُ منهم فَالْأَقْرَبُ إنْ كان لها بَنُو عَمٍّ يَرْجِعُ إلَيْهِمْ وَإِنْ لم يَكُنْ وكان لها موالي (((موال))) أَعْتَقُوهَا يَرْجِعُ الْوَلَاءُ إلَيْهِمْ وفي قَوْلِ شُرَيْحٍ لَا يَرْجِعُ الْوَلَاءُ وَيَمْضِي على جِهَتِهِ
وَعَنْ الشَّعْبِيِّ وَابْنِ أبي لَيْلَى أن للولاء (((الولاء))) لِلذُّكُورِ من وَلَدِهَا وَالْعَقْلُ عليهم أَيْضًا دُونَ سَائِرِ عَصَبَةِ الْمُعْتِقَةِ وَقَالَا كما يَرِثُونَهُ كَذَلِكَ يَعْقِلُونَ عنه لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِمَا أَنَّ عَلِيًّا وَالزُّبَيْرَ رضي اللَّهُ عنهما اخْتَصَمَا إلَى عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه في وَلَاءِ مولى صَفِيَّةَ بِنْتِ عبد الْمُطَّلِبِ فقال الزُّبَيْرُ هِيَ أُمِّي فَأَنَا أَرِثُهَا ولى وَلَاؤُهَا وقال عَلِيٌّ هِيَ عمتى وأنا عَصَبَتُهَا وأنا أَعْقِلُ عنها فَلِي وَلَاؤُهَا فَقَضَى عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه بِالْوَلَاءِ لِلزُّبَيْرِ وَبِالْعَقْلِ على عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه وَالْمَعْنَى فيه أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمِيرَاثِ بِالْعُصُوبَةِ وَالِابْنُ في ذلك مُقَدَّمٌ على الْأَخِ وَابْنِ الْعَمِّ
وَأَمَّا الْعَقْلُ فَبِالتَّنَاصُرِ أَلَا تَرَى أَنَّ أَهْلَ الدِّيوَانِ يَتَعَاقَلُونَ بِالتَّنَاصُرِ وَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمْ وَلَا عُصُوبَةَ وَالتَّنَاصُرُ لها وَلِمَوْلَاهَا بِقَوْمِ أَبِيهَا لَا بِابْنِهَا كَذَلِكَ كان الْعَقْلُ عليهم وَاعْتِبَارُ الْعَقْلِ بِالْمِيرَاثِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْعَقْلَ ليس يَتْبَعُ الْمِيرَاثَ لَا مَحَالَةَ

أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُلَ يَرِثُهُ وَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ وَأَخَوَاتُهُ وَلَوْ جَنَى جِنَايَةً لها عَقْلٌ كان عَقْلُهَا على عَصَبَتِهِ دُونَ وَلَدِهِ وَأَخَوَاتِهِ

وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَةً له ثُمَّ غَرِقَا جميعا وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا لم يَرِثْ الْمَوْلَى منها وكان مِيرَاثُهُ لِعَصَبَةِ الْمَوْلَى إنْ لم يَكُنْ لها وَارِثٌ

وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْغَرْقَى وَالْهَدْمَى لَا يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا عِنْدَنَا وهو قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لِأَنَّ كُلَّ أَمْرَيْنِ حَادِثَيْنِ لَا يُعْرَفُ تَارِيخُهُمَا يُجْعَلُ كَأَنَّهُمَا وَقَعَا مَعًا وَالْمَسْأَلَةُ تُعْرَفُ في كِتَابِ الْفَرَائِضِ

وَمِنْهَا أَنَّهُ لَازِمٌ حتى لَا يَقْدِرَ الْمُعْتِقُ على إبْطَالِهِ حتى لو أَعْتَقَ عَبْدَهُ سَائِبَةً بِأَنْ أَعْتَقَهُ وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ سَائِبَةً لَا وِلَايَةَ له عليه كان شَرْطُهُ بَاطِلًا وَوَلَاؤُهُ له عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ وَلَاؤُهُ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ

وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِقَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَكَذَا لَا يَمْلِكُ نَقْلَهُ إلَى غَيْرِهِ حتى لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ

وَهِبَتُهُ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ وَالْوَصِيَّةُ وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال بَعْضُهُمْ يَمْلِكُ نَقْلَهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ

وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ أَنَّ أَسْمَاءَ رضي اللَّهُ عنها أَعْتَقَتْ عَبْدًا فَوَهَبَتْ الْوَلَاءَ لِابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما

وَلَنَا قَوْلُهُ الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلِأَنَّ مَحَلَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ الْمَالُ وَالْوَلَاءُ ليس بِمَالٍ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالنَّسَبِ وَأَمَّا ما رُوِيَ عن أَسْمَاءَ رضي اللَّهُ عنها فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَهَبَتْ له ما اسْتَحَقَّتْ بِالْوَلَاءِ وهو الْمَالُ فَرَوَاهُ الرَّاوِي وَلَاءً لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا بِالْوَلَاءِ أو يُحْمَلُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ

وَكَذَا إذَا بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ على الْمُشْتَرِي أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ له فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لِلْمُشْتَرِي إذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ لم يَصِحَّ وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ له لِمَا رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها لَمَّا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ شَرَطَ عليها أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهَا لِمَوَالِيهَا فَخَطَبَ رسول اللَّهِ وقال في خُطْبَتِهِ ما بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ في كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى كُلُّ شَرْطٍ ليس في كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كان مِائَةَ شَرْطٍ وَهَلْ يَحْتَمِلُ للولاء (((الولاء))) التَّحَوُّلَ من مَحَلٍّ إلَى مَحَلٍّ يُنْظَرُ فيه إنْ ثَبَتَ بِإِيقَاعِ الْعِتْقِ فيه لَا يَتَحَوَّلُ أَبَدًا لِقَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ أَلْزَمَ الْوَلَاءُ الْمُعْتِقَ وَإِنْ ثَبَتَ بِحُصُولِ الْعِتْقِ لِغَيْرِهِ تَبَعًا يَتَحَوَّلُ إذَا قام دَلِيلُ التَّحَوُّلِ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ عِنْدَ تَزَوُّجِ أَمَةٍ لِقَوْمٍ فَوَلَدَتْ منه وَلَدًا فَأَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَوَلَدَهَا أو كانت حُبْلَى بِهِ حين أَعْتَقَهَا أو أَعْتَقَهَا فَوَلَدَتْ بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ أو كانت مُعْتَدَّةً من طَلَاقٍ أو مَوْتٍ فَوَلَدَتْ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ من يَوْمِ الْمَوْتِ أو الطَّلَاقِ وقد أَعْتَقَ الْأَبَ رَجُلٌ آخَرُ كان وَلَاءُ الْوَلَدِ لِلَّذِي أَعْتَقَهُ مع أُمِّهِ وَلَا يَتَحَوَّلُ إلَى مولى أبيه وَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُ بَعْدَ ذلك لِأَنَّهُ لَمَّا أَعْتَقَهُمَا فَقَدْ ثَبَتَ وَلَاءُ الْوَلَدِ بِإِيقَاعِ الْعِتْقِ فيه فَلَا يَحْتَمِلُ التَّحَوُّلَ وَكَذَا إذَا أَعْتَقَهَا وَهِيَ حُبْلَى لِمَا قُلْنَا وَكَذَا إذَا أَعْتَقَهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ الاعتاق لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَوْنِهِ في الْبَطْنِ وَقْتَ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّ الْوَلَدَ لا يُولَدُ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ

فَيَثْبُتُ وَلَاؤُهُ بِالْإِعْتَاقِ فَلَا يَتَحَوَّلُ
وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا يَتَحَوَّلُ وَلَاؤُهُ إلَى مَوَالِي الْأَبِ لِأَنَّا لم نَعْلَمْ يَقِينًا أَنَّهُ كان في الْبَطْنِ وَقْتَ إعْتَاقِ الْأُمِّ فَيُجْعَلَ كَأَنَّهَا حَبِلَتْ بَعْدَ الْعِتْقِ فَيَكُونَ حُرًّا تَبَعًا لِلْأُمِّ وَيَثْبُتَ له الْوَلَاءُ من مَوَالِي أُمِّهِ على جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ وَوَلَاءُ الْوَلَدِ إذَا ثَبَتَ لِمَوَالِي الْأُمِّ على وَجْهِ التَّبَعِيَّةِ يَتَحَوَّلُ إلَى مَوَالِي الْأَبِ إذَا أُعْتِقَ الْأَبُ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ عز وجل وإذا كانت الْأُمُّ مُعْتَدَّةً من طَلَاقٍ أو مَوْتٍ فإن نَسَبَ الْوَلَدِ يَثْبُتُ إلَى سَنَتَيْنِ لِأَنَّ الْوَطْءَ كان حَرَامًا فَيُجْعَلُ مُدَّةُ الْحَمْلِ سَنَتَيْنِ وَيُحْكَمُ بِكَوْنِ الْوَلَدِ في الْبَطْنِ يوم الْإِعْتَاقِ فإذا حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ يوم الْإِعْتَاقِ يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِالْإِعْتَاقِ فَلَا يَتَحَوَّلُ إلَى غَيْرِهِ وإذا كانت الْمُعْتَقَةُ تَحْتَ مَمْلُوكٍ فَوَلَدَتْ عَتَقَ الْوَلَدُ بِعِتْقِهَا لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ
فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُ جَرَّ وَلَاءَ الْوَلَدِ إلَى مَوْلَاهُ هَكَذَا رُوِيَ عن عُمَرَ بن الْخَطَّابِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال إذَا كانت الْحُرَّةُ تَحْتَ مَمْلُوكٍ فَوَلَدَتْ عَتَقَ الْوَلَدُ بِعِتْقِهَا فإذا أُعْتِقَ أَبُوهُ جَرَّ الْوَلَاءَ
وَعَنْ الزُّبَيْرِ بن الْعَوَّامِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَبْصَرَ فِتْيَةً لَعْسَاءَ أَعْجَبَهُ ظُرْفُهُمْ وَأُمُّهُمْ مَوْلَاةٌ لِرَافِعِ بن خَدِيجٍ رضي اللَّهُ عنه وَأَبُوهُمْ عَبْدٌ لِبَعْضِ الْحُرْقَةِ من جُهَيْنَةَ أو لِبَعْضِ أَشْجَعَ فَاشْتَرَى الزُّبَيْرُ أَبَاهُمْ فاعتقه ثُمَّ قال انْتَسِبُوا إلَيَّ وقال رَافِعٌ بَلْ هُمْ مَوَالِيَّ فَاخْتَصَمَا إلَى عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه في وَلَاءِ الْوَلَدِ فَقَضَى بِوَلَائِهِمْ لِلزُّبَيْرِ يَعْنِي أَنَّ الْأَبَ جَرَّ وَلَاءَ وَلَدِهِ إلَى مَوْلَاهُمْ وهو الزُّبَيْرُ حين أَعْتَقَهُ الزُّبَيْرُ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه فَيَكُونَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الْوَلَاءِ هو الْأَبُ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ وَالْأَبُ هو الْأَصْلُ في النَّسَبِ حتى يُنْسَبُ الْوَلَدُ إلَى الْأَبِ وَلَا يُنْسَبُ إلَى الْأُمِّ إلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ النسب (((النسبة))) إلَى الْأَبِ
وَكَذَا في اعْتِبَارِ الْوَلَاءِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ جَانِبُ الْأُمِّ عِنْدَ تَعَذُّرِ الِاعْتِبَارِ من جَانِبِ الْأَبِ بِأَنْ لم يَكُنْ من أَهْلِ الْوَلَاءِ وَلَا تَعَذُّرَ هَهُنَا فَيُعْتَبَرَ جَانِبُهُ وَلِأَنَّ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ من طَرِيقِ الْعُصُوبَةِ وَالتَّعْصِيبُ من قِبَلِ الْأَبِ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى
وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ عَبْدًا ولم يَعْتِقْ كان وَلَاءُ وَلَدِهِ لِمَوَالِي الْأُمِّ أَبَدًا لِتَعَذُّرِ اعْتِبَارِ جَانِبِ الْأَبِ وَأَمَّا الْجَدُّ فَهَلْ يَجُرُّ وَلَاءَ الْحَافِدِ بِأَنْ كان لِلْأَبِ الذي هو عَبْدٌ أَبٌ عَبْدٌ وهو جَدُّ الصَّبِيِّ فَأُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ عَبْدٌ على حَالِهِ
قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ لَا يَجُرُّ وَلَا يَكُونُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْجَدِّ وَوَلَاءُ أَوْلَادِ ابْنِهِ الْعَبْدِ لِمَوَالِي الْأُمِّ لَا لِمَوَالِي الْجَدِّ
وقال الشَّعْبِيُّ يَجُرُّ وَيَكُونُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْجَدِّ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْجَدَّ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ في الْوِلَايَةِ فإن الْأَبَ إذَا كان عَبْدًا تَتَحَوَّلُ الْوِلَايَةُ إلَى الْجَدِّ فَكَذَا يَقُومُ مَقَامَهُ في جَرِّ الْوَلَاءِ وَالْإِسْلَامِ
وَلَنَا أَنَّ الْأَبَ

فَاصِلٌ بين الِابْنِ وَالْجَدِّ فَلَا يَكُونُ الِابْنُ تَابِعًا له في الْوَلَاءِ وَالْإِسْلَامِ ولأن الْجَدَّ لو جَرَّ الْوَلَاءَ لَكَانَ لَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ لِمَوَالِي الْأُمِّ رَأْسًا إذْ لَا شَكَّ أَنَّ أَصْلَهُ يَكُونُ حُرًّا أَمَّا من الْجَدِّ أَيْ لِأَبِيهِ أو من قِبَلِهِ من الْأَجْدَادِ إلَى آدَمَ فلما ثَبَتَ الْوَلَاءُ لِمَوَالِي الْأُمِّ في الْجُمْلَةِ ثَبَتَ أَنَّ الْجَدَّ لَا يَجُرُّ وَكَذَا لَا يَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْجَدِّ

لِأَنَّهُ لو صَارَ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ لَصَارَ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّ الْجَدِّ وَلَكَانَ الناس كلهم مُسْلِمِينَ بِإِسْلَامِ آدَمَ وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ اسْتِرْقَاقُ أَحَدٍ وَالْمَعْلُومُ بِخِلَافِهِ فَثَبَتَ أَنَّ الْقَوْلَ بِجَعْلِ الْوَلَدِ تَابِعًا لِلْجَدِّ في الْوَلَاءِ بَاطِلٌ
وَأَمَّا بَيَانُ قَدْرِهِ فَالْوَلَاءُ يَثْبُتُ بِقَدْرِ الْعِتْقِ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِهِ الْعِتْقُ وَالْحُكْمُ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ السَّبَبِ وَبَيَانُهُ في الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وهو مُوسِرٌ أو مُعْسِرٌ وقد ذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ فيه في كِتَابِ الْعَتَاقِ بِنَاءً على تجزي (((تجزؤ))) الْعِتْقِ وَعَدَمِ تجزيه (((تجزئه))) وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْوَلَاءِ فَلِلْوَلَاءِ أَحْكَامٌ منها الْمِيرَاثُ وهو أَنْ يَرِثَ الْمُعْتِقُ مَالَ الْمُعْتَقِ لِمَا ذَكَرْنَا من الْأَدِلَّةِ وَيَرِثُ مَالَ أَوْلَادِهِ عِنْدَ وُجُودِ شَرْطِ الْإِرْثِ وهو ما ذَكَرْنَا وَمِنْهَا تَحَمُّلُ الْعَقْلِ لِلتَّقْصِيرِ في النُّصْرَةِ وَالْحِفْظِ
وَمِنْهَا وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ لِأَنَّهُ آخِرُ الْعَصَبَاتِ ثُمَّ إذَا وَرِثَ الْمُعْتِقُ مَالَ الْمُعْتَقِ فَإِنْ كان المعتق (((العتق))) مَعْلُومًا يُدْفَعُ إلَيْهِ وَإِنْ لم يُعْلَمْ تَوَقَّفَ الْوَلَاءُ كما إذَا اشْتَرَى رَجُلٌ عَبْدًا ثُمَّ إنَّ الْمُشْتَرِيَ أَقَرَّ أَنَّ الْبَائِعَ كان قد أَعْتَقَهُ قبل أَنْ يَبِيعَهُ فَهُوَ حُرٌّ وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ إذَا جَحَدَ الْبَائِعُ ذلك فَإِنْ صَدَّقَهُ بَعْدَ ذلك لَزِمَهُ الْوَلَاءُ وَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الثَّمَنَ على الْمُشْتَرِي
وَكَذَا إنْ صَدَّقَهُ وَرَثَتُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ أَمَّا حُرِّيَّةُ الْعَبْدِ فإن إعْتَاقَ الْبَائِعِ إنْ لم يَثْبُتْ في حَقِّ الْبَائعِ بِإِقْرَارِ الْمُشْتَرِي لِتَكْذِيبِ الْبَائِعِ إيَّاهُ فَقَدْ ثَبَتَ في حَقِّهِ لِأَنَّهُ في إقْرَارِهِ على نَفْسِهِ مُصَدَّقٌ إنْ لم يُصَدَّقْ على غَيْرِهِ فَيَثْبُتُ إعْتَاقُ الْبَائعِ حَقَّهُ فَيَثْبُتُ حُرِّيَّةُ الْعَبْدِ في حَقِّهِ لَكِنْ ليس له أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ على الْبَائِعِ لِأَنَّ إقْرَارَهُ بِالْإِعْتَاقِ لم يَنْفُذْ في حَقِّهِ لِتَكْذِيبِهِ إيَّاهُ فلم يَثْبُتْ عِتْقُ الْعَبْدِ في حَقِّهِ
وَأَمَّا كَوْنُ الْوَلَاءِ مَوْقُوفًا فَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه الْإِقْرَارُ بِإِعْتَاقِ الْعَبْدِ عن نَفْسِهِ وَلَا يُمْكِنُ ءثباته (((إثباته))) لِلْبَائِعِ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمُشْتَرِي لم يَنْفُذْ عليه فلم يَكُنْ الْعِتْقُ مَعْلُومًا فَبَقِيَ وَلَاءُ الْعَبْدِ مَوْقُوفًا على تَصْدِيقِ الْبَائِعِ له وَوَرَثَتِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْبَائِعُ لَزِمَهُ الْوَلَاءُ لِوُجُودِ الْإِعْتَاقِ منه بِإِقْرَارِهِ وَلَزِمَهُ رَدُّ الثَّمَنِ إلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ حُرًّا
وَكَذَا إذَا مَاتَ الْبَائِعُ فَصَدَّقَهُ وَرَثَتُهُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ وَرَثَتَهُ قَامُوا مَقَامَ الْمَيِّتِ فَصَارَ تَصْدِيقُهُمْ كَتَصْدِيقِ الْمَيِّتِ هذا إذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِإِعْتَاقِ الْبَائِعِ فإنه أَقَرَّ بِتَدْبِيرِهِ وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ فَمَاتَ الْبَائِعُ عَتَقَ الْعَبْدُ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمُشْتَرِي بِالتَّدْبِيرِ من الْبَائِعِ إقْرَارٌ منه بِإِعْتَاقِهِ الْعَبْدَ بَعْدَ مَوْتِهِ فإذا مَاتَ نَفَذَ إقْرَارُهُ في حَقِّهِ إنْ لم يَنْفُذْ في حَقِّ الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا فَيُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ الْعَبْدِ على الْمُشْتَرِي وَوَلَاؤُهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا لِمَا قُلْنَا إلَّا إذَا صَدَّقَهُ وَرَثَةُ الْبَائِع بَعْدَ مَوْتِهِ فَيَلْزَمُ الْوَلَاءُ الْبَائِعَ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تلزمه (((يلزمه))) في هذا وفي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَيْضًا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ وَلَاءَ الْمَيِّتِ لم يَثْبُتْ فَالْوَرَثَةُ بِالتَّصْدِيقِ يُرِيدُونَ إثْبَاتَ وَلَاءٍ لم يَثْبُتْ فَلَا يَمْلِكُونَ ذلك كما لَا يَمْلِكُونَ إثْبَاتَ النَّسَبِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ تَصْدِيقَهُمْ إقْرَارٌ منهم بِمَا يَمْلِكُونَ إنْشَاءَ سَبَبِهِ في الْحَالِ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ إعْتَاقَ الْعَبْدِ لِلْحَالِ فَكَانَ إقْرَارًا على أَنْفُسِهِمْ بِثُبُوتِ الْوَلَاءِ لهم في الْحَقِيقَةِ فَيَصِحُّ إقْرَارُهُمْ في حَقِّ أَنْفُسِهِمْ بِثُبُوتِ الْوَلَاءِ
وَكَذَلِكَ أَمَةٌ بين رَجُلَيْنِ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أنها أُمُّ وَلَدٍ من صَاحِبِهِ وَصَاحِبُهُ يُنْكِرُ فإذا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَتْ الْجَارِيَةُ وَوَلَاؤُهَا مَوْقُوفٌ أَمَّا الْعِتْقُ فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَقَرَّ على صَاحِبِهِ بِعِتْقِهَا عِنْدَ مَوْتِ صَاحِبِهِ فَيَصِحُّ إقْرَارُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في حَقِّ نَفْسِهِ وَيَكُونُ وَلَاؤُهَا مَوْقُوفًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفَى الْوَلَاءَ عن نَفْسِهِ وَأَلْحَقَهُ بِصَاحِبِهِ فَانْتَفَى عن نَفْسِهِ ولم يَلْحَقْ بِصَاحِبِهِ فَبَقِيَ مَوْقُوفًا
وَكَذَلِكَ عَبْدٌ بين رَجُلَيْنِ قال كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ إنَّك قد أَعْتَقْت هذا الْعَبْدَ

وَجَحَدَ الْآخَرُ فَالْعَبْدُ حُرٌّ وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ حتى لو مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا لم يَرِثْهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا وَيُوقَفُ في بَيْتِ الْمَالِ إلَى أَنْ يُصَدِّقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ لِمَا قُلْنَا
وَعَلَى هذا مَسَائِلُ ثُمَّ كُلُّ وَلَاءٍ مَوْقُوفٌ فَمِيرَاثُهُ يُوقَفُ في بَيْتِ الْمَالِ وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ على نَفْسِهِ لَا يَعْقِلُ عنه بَيْتُ الْمَالِ وَإِنَّمَا يُوقَفُ مِيرَاثُهُ بِبَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ وَلَاءَهُ مَوْقُوفٌ لَا يُعْرَفُ لِمَنْ هو فَكَانَ مِيرَاثُهُ مَوْقُوفًا أَيْضًا لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ فَيُوقَفُ في بَيْتِ الْمَالِ كَاللُّقَطَةِ
وَأَمَّا جِنَايَتُهُ فَإِنَّمَا لَا تُتَحَمَّلُ عنه بِبَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ له عَاقِلَةً غير بَيْتِ الْمَالِ وهو نَفْسُهُ فَلَا يَجُوزُ حَمْلُ عَقْلِهِ على بَيْتِ الْمَالِ وَيَصِيرُ هو عَاقِلَةَ نَفَسِهِ في هذه الْحَالَةِ لِجَهَالَةِ مَوْلَاهُ بِخِلَافِ

الْمِيرَاثِ فإنه لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ لِغَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ وَلَا يَسْتَحِقُّ إلَّا أَحَدُهُمَا وهو غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيُوضَعُ في بَيْتِ الْمَالِ ضَرُورَةً وَهَذَا بِخِلَافِ اللَّقِيطِ أنه يَرِثُهُ بَيْتُ الْمَالِ وَيَعْقِلُ عنه أَيْضًا لِأَنَّ هَهُنَا ولاؤه (((ولاءه))) كان ثَابِتًا من إنْسَانٍ إلَّا أَنَّهُ لَا يُعْرَفُ وَإِنَّمَا يُجْعَلُ الْعَقْلُ على بَيْتِ الْمَالِ إذَا لم يَكُنْ له وَلَاءٌ ثَابِتٌ إلَّا أَنَّ مِيرَاثَهُ يُوضَعُ في بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ وَلَا يَثْبُتُ وَلَاءُ اللَّقِيطِ من أَحَدٍ فَكَانَ عَقْلُهُ على بَيْتِ الْمَالِ كما أَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ الْوَلَاءُ فَالْوَلَاءُ يَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ مَرَّةً وَبِالْإِقْرَارِ أُخْرَى أَمَّا الْبَيِّنَةُ فَنَحْوُ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ أَنَّهُ وَارِثُهُ بِوَلَاءِ الْعَتَاقَةِ فَيَشْهَدُ له شَاهِدَانِ أَنَّ هذا الْحَيَّ أَعْتَقَ هذا الْحَيَّ أو أَعْتَقَ هذا الْمَيِّتَ وهو يَمْلِكُهُ وهو وَارِثُهُ وَلَا يَعْلَمُونَ له وَارِثًا غَيْرَهُ جَازَتْ الشَّهَادَةُ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا شَهَادَةً مُفَسَّرَةً لَا جَهَالَةَ فيها فَقُبِلَتْ وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ الْمَيِّتَ مَوْلَاهُ وَأَنَّهُ وَارِثُهُ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ لم تَجُزْ الشَّهَادَةُ حتى يُفَسِّرَ الْوَلَاءُ لِأَنَّ الْوَلَاءَ يَخْتَلِفُ قد يَكُونُ وَلَاءَ عَتَاقَةٍ وقد يَكُونُ وَلَاءَ مُوَالَاةٍ وَأَحْكَامُهَا تَخْتَلِفُ فما لم يُفَسَّرْ كان مَجْهُولًا فَلَا يُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عليه
وَكَذَلِكَ لو شَهِدُوا أَنَّ الْمَيِّتَ مَوْلَاهُ مولى الْعَتَاقَةِ أَيْضًا لم يَجُزْ لِأَنَّ مولى الْعَتَاقَةِ نَوْعَانِ أَعْلَى وَأَسْفَلُ وَاسْمُ الْمَوْلَى يُسْتَعْمَلُ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على السَّوَاءِ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إلَّا بِالْبَيَانِ وَالتَّفْسِيرِ
وَلَوْ ادَّعَى رَجُلَانِ وَلَاءَهُ بِالْعِتْقِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً جُعِلَ مِيرَاثُهُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وهو الدَّعْوَى وَالْحُجَّةُ فَيَسْتَوِيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ وَلَوْ وَقَّتَا وَقْتًا فَالسَّابِقُ وَقْتًا أَوْلَى لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الْعِتْقَ في وَقْتٍ لَا يُنَازِعُهُ فيه صَاحِبُهُ وكان الثَّانِي مُسْتَحِقًّا عليه وَلَوْ كان هذا في وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ كان صَاحِبُ الْوَقْتِ الْآخَرِ أَوْلَى لِأَنَّ وَلَاءَ الْمُوَالَاةِ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَالْفَسْخَ فَكَانَ عَقْدُ الثَّانِي نَقْضًا لِلْأَوَّلِ إلَّا أَنْ يَشْهَدَ شُهُودُ صَاحِبِ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ كان قد عَقَلَ عنه لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَأَشْبَهَ وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ وَإِنْ أَقَامَ رَجُلٌ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ وهو يَمْلِكُهُ لَا يَعْلَمُونَ له وَارِثًا سِوَاهُ فَقَضَى له الْقَاضِي بِمِيرَاثِهِ وَوَلَائِهِ ثُمَّ أَقَامَ آخَرُ الْبَيِّنَةَ على مِثْلِ ذلك لم يُقْبَلْ إلَّا أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّهُ اشْتَرَى من الْأَوَّلِ قبل أَنْ يُعْتِقَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ وهو يَمْلِكُهُ فَيَبْطُلُ قَضَاءُ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا قَضَى بِقَضِيَّةٍ فإنه لَا يَسْمَعُ ما يُنَافِيهَا إلَّا إذَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ كان بَاطِلًا وإذا لم يَشْهَدُوا أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من الْأَوَّلِ قبل أَنْ يُعْتِقَهُ ثُمَّ يَتَبَيَّنَ بُطْلَانُ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ فَلَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ من الثَّانِي إلَّا إذَا قَامَتْ على الشِّرَاءِ من

الْأَوَّلِ قبل أَنْ يُعْتِقَهُ فَيُقْبَلَ وَيَقْضِي الثاني (((للثاني))) وَيَبْطُلُ قَضَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ أَنَّ الْأَوَّلَ أَعْتَقَ ما لَا يَمْلِكُ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا وَصَحَّ الثَّانِي

وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَنَحْوُ أَنْ يُقِرَّ رَجُلٌ أَنَّهُ مَوْلًى لِفُلَانٍ مولى عَتَاقَةٍ من فَوْقُ أو تَحْتُ وَصَدَّقَهُ الْآخَرُ وهو مَوْلَاهُ يَرِثُهُ وَيَعْقِلُ عنه قَوْمُهُ لِأَنَّ الْوَلَاءَ سَبَبٌ يُتَوَارَثُ بِهِ فَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِهِ كَالنَّسَبِ وَالنِّكَاحِ فَإِنْ كان له أَوْلَادٌ كِبَارٌ فَأَنْكَرُوا ذلك وَقَالُوا أَبُونَا مولى الْعَتَاقَةِ لِفُلَانٍ آخَرَ فَالْأَبُ مُصَدَّقٌ على نَفْسِهِ وَأَوْلَادُهُ مُصَدَّقُونَ على أَنْفُسِهِمْ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْأَبِ على الْأَوْلَادِ الْكِبَارِ فَلَا يَنْفُذُ إقْرَارُهُ عليهم وَيَصِحُّ إقْرَارُهُمْ على أَنْفُسِهِمْ لِأَنَّ لهم وِلَايَةً على أَنْفُسِهِمْ وَإِنْ كان الْأَوْلَادُ صِغَارًا كان الْأَبُ مُصَدَّقًا لِأَنَّهُ له وِلَايَةٌ على أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو عَقَدَ مع إنْسَانٍ عَقْدَ الْوَلَاءِ تَبِعَهُ أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ وَإِنْ كَذَّبَتْهُ الْأُمُّ وَنَفَتْ وَلَاءَهُ لم يُلْتَفَتْ إلَى قَوْلِهَا وَيُؤْخَذُ بِقَوْلِ الْأَبِ لِأَنَّ الْأَبَ إذَا كان حَيًّا كانت الْوِلَايَةُ له وَالْوَلَاءُ يُشْبِهُ النَّسَبَ وَالنَّسَبُ إلَى الْآبَاءِ

وَكَذَلِكَ إنْ قالت هُمْ وَلَدِي من غَيْرِك لم تُصَدَّقْ لِأَنَّهُمْ في يَدِ الْأَبِ دُونَ الْأُمِّ فَلَا تُصَدَّقُ الْأُمُّ أَنَّهُمْ لِغَيْرِهِ فَإِنْ قالت وَلَدْته بَعْدَ عِتْقِي بِخَمْسَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مولى الْمَوَالِي وقال الزَّوْجُ وَلَدْتِيهِ بَعْدَ عِتْقِك بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْوَلَدَ ظَهَرَ في حَالٍ يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأَبِ وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي أنها وَلَدَتْ في حَالٍ يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ فَكَانَ الْحَالُ شَاهِدًا لِلزَّوْجِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا إلَّا بِبَيِّنَةٍ وَنَظِيرُ هذا الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ إذَا اخْتَلَفَا

فقال أَحَدُهُمَا كان النِّكَاحُ قبل سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَالْوَلَدُ من الزَّوْجِ وقال الْآخَرُ كان النِّكَاحُ مُنْذُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الذي يَدَّعِي أَنَّ النِّكَاحَ قبل سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّ الْوَلَدَ ظَهَرَ في حَالِ إثْبَاتِ النَّسَبِ من الزَّوْجِ وهو حَالُ قِيَامِ النِّكَاحِ وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِوَلَاءِ الْعَتَاقَةِ في الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّوَارُثِ فَيَسْتَوِي فيه الصِّحَّةُ وَالْمَرَضُ كَالنَّسَبِ وَالنِّكَاحِ وَلَوْ قال أعتقي (((أعتقني))) فُلَانٌ أو فُلَانٌ وَادَّعَاهُ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ فَهَذَا الْإِقْرَارُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ إقْرَارٌ بِمَجْهُولٍ فَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذلك لِأَحَدِهِمَا أو لِغَيْرِهِ أَنَّهُ مَوْلَاهُ

جَازَ لِأَنَّ إقْرَارَهُ الْأَوَّلَ وَقَعَ بَاطِلًا لِجَهَالَةِ الْمُقَرِّ له وَالْوَلَاءُ لَا يَثْبُتُ من الْمَجْهُولِ كَالنَّسَبِ فَبَطَلَ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَبَعْدَ ذلك له أَنْ يُقِرَّ لِمَنْ شَاءَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا وَلَاءُ الْمُوَالَاةِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ ثُبُوتِهِ شَرْعًا وفي بَيَانِ سَبَبِ الثُّبُوتِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الثُّبُوتِ وفي بَيَانِ صِفَةِ السَّبَبِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْحُكْمِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ في ثُبُوتِ هذا الْوَلَاءِ

قال أَصْحَابُنَا أنه ثَابِتٌ وَيَقَعُ بِهِ التَّوَارُثُ وهو قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وهو قَوْلُ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وقال زَيْدُ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه أنه يُورَثُ بِهِ وَيُوضَعُ في بَيْتِ الْمَالِ وَبِهِ أَخَذَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن في عَقْدِ الْوَلَاءِ إبْطَالَ حَقِّ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ لِلْعَاقِدِ وَارِثٌ كان وَرَثَتُهُ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَعْقِلُونَ عنه فَقَامُوا

مَقَامَ الْوَرَثَةِ الْمُعَيَّنِينَ وَكَمَا لَا يَقْدِرُ على إبْطَالِ حَقِّهِمْ لَا يَقْدِرُ على إبْطَالِ حَقِّ من قام مَقَامَهُمْ وَلِهَذَا قَالَا إذَا أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ لِإِنْسَانٍ وَلَا وَارِثَ له لم يَصِحَّ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ له وَارِثٌ مُعَيَّنٌ كان وَارِثُهُ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَمْلِكُ إبْطَالَ حَقِّهِمْ كَذَا هذا وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا بِالْكِتَابِ وَالسَّنَةِ وَالْمَعْقُولِ

أَمَّا الْكِتَابُ الْكَرِيمُ فَقَوْلُهُ عز وجل { وَاَلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ } وَالْمُرَادُ من النَّصِيبِ الْمِيرَاثُ لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَضَافَ النَّصِيبَ إلَيْهِمْ فَيَدُلُّ على قِيَامِ حَقٍّ لهم مُقَدَّرٍ في التَّرِكَةِ وهو الْمِيرَاثُ لِأَنَّ هذا مَعْطُوفٌ على قَوْلِهِ { وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ } لَكِنْ عِنْدَ عَدَمِ ذَوِي الْأَرْحَامِ عَرَفْنَاهُ بِقَوْلِهِ عز وجل { وأولو (((وأولوا))) الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ في كِتَابِ اللَّهِ }

وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن تَمِيمٍ الدَّارِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ عَمَّنْ أَسْلَمَ على يَدَيْ رَجُلٍ وَوَالَاهُ فقال هو أَحَقُّ الناس بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ أَيْ حَالَ حَيَاتِهِ وَحَالَ مَوْتِهِ أَرَادَ بِهِ مَحْيَاهُ في الْعَقْلِ وَمَمَاتَهُ في الْمِيرَاثِ

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ بَيْتَ الْمَالِ إنَّمَا يَرِثُ بِوَلَاءِ الْإِيمَانِ فَقَطْ لِأَنَّهُ بَيْتُ مَالِ الْمُؤْمِنِينَ قال اللَّهُ عز وجل { وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ } وَلِلْمَوْلَى هذا الْوَلَاءُ وَوَلَاءُ الْمُعَاقَدَةِ فَكَانَ أَوْلَى من عَامَّةِ الْمُؤْمِنِينَ

أَلَا تَرَى أَنَّ مولى الْعَتَاقَةِ أَوْلَى من بَيْتِ الْمَالِ لِلتَّسَاوِي في وَلَاءِ الْإِيمَانِ وَالتَّرْجِيحُ لِوَلَاءِ الْعِتْقِ كَذَا هذا إلَّا أَنَّ مولى الْمُوَالَاةِ يَتَأَخَّرُ عن سَائِرِ الْأَقَارِبِ وَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ يَتَقَدَّمُ على ذَوِي الْأَرْحَامِ لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِالرَّحِمِ فَوْقَ الْوَلَاءِ بِالْعَقْدِ فَيُخَلَّفُ عن ذَوِي الْأَرْحَامِ وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ بِمَا تَقَدَّمَ من النِّعْمَةِ بِالْإِعْتَاقِ الذي هو إحْيَاءُ وَإِيلَادُ مَعْنًى الحق بِالتَّعْصِيبِ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَلِذَلِكَ قال الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ

وَأَمَّا قَوْلُهُمَا أن جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ وَرَثَتُهُ فَلَا يَقْدِرُ على إبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالْعَقْدِ فَنَقُولُ إنَّمَا يَصِيرُونَ وَرَثَتَهُ إذَا مَاتَ قبل الْمُعَاقَدَةِ فَأَمَّا بَعْدَ الْمُعَاقَدَةِ فَلَا وَالدَّلِيلُ على بُطْلَانِ هذا الْكَلَامِ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ بِالثُّلُثِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ

وَأَمَّا سَبَبُ ثُبُوتِهِ فَالْعَقْدُ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وهو أَنْ يَقُولَ الذي أَسْلَمَ على يَدِ إنْسَانٍ له أو لِغَيْرِهِ أنت مَوْلَايَ تَرِثُنِي إذَا مِتّ وَتَعْقِلُ عَنِّي إذَا جَنَيْت فَيَقُولَ قَبِلْت سَوَاءٌ قال ذلك لِلَّذِي أَسْلَمَ على يَدَيْهِ أو لِآخَرَ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ الْإِرْثَ وَالْعَقْلَ في الْعَقْدِ

وَلَوْ أَسْلَمَ على يَدِ رَجُلٍ ولم يُوَالِهِ وَوَالَى غَيْرَهُ فَهُوَ مَوْلًى لِلَّذِي وَالَاهُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعِنْدَ عَطَاءٍ هو مَوْلَى لِلَّذِي أَسْلَمَ على يَدِهِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِقَوْلِهِ عز وجل { وَاَلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ } جَعَلَ الْوَلَاءَ لِلْعَاقِدِ وَكَذَا لم يُنْقَلْ أَنَّ الصَّحَابَةَ أَثْبَتُوا الْوَلَاءَ بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ وَكُلُّ الناس كَانُوا يُسْلِمُونَ على عَهْدِ رسول اللَّهِ وَالصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وكان لَا يقول أَحَدٌ لِمَنْ أَسْلَمَ على يَدِ أَحَدٍ أَنَّهُ ليس له أَنْ يُوَالِيَ غير الذي أَسْلَمَ على يَدِهِ فَثَبَتَ أَنَّ نَفْسَ الْإِسْلَامِ على يَدِ رَجُلٍ ليس سَبَبًا لِثُبُوتِ الْوَلَاءِ له بَلْ السَّبَبُ هو الْعَقْدُ فما لم يُوجَدْ لَا يَثْبُتُ الْإِرْثُ وَالْعَقْلُ

وَأَمَّا شَرَائِطُ الْعَقْدِ فَمِنْهَا عَقْلُ الْعَاقِدِ إذْ لَا صِحَّةَ لِلْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِدُونِ الْعَقْلِ وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَهُوَ شَرْطُ الِانْعِقَادِ في جَانِبِ الْإِيجَابِ فَلَا يَنْعَقِدُ الْإِيجَابُ من الصَّبِيِّ وَإِنْ كان عَاقِلًا حتى لو أَسْلَمَ الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ على يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ لم يَجُزْ وَإِنْ أَذِنَ أَبُوهُ الْكَافِرُ بِذَلِكَ لِأَنَّ هذا عَقْدٌ وَعُقُودُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إنَّمَا يَقِفُ على إذْنِ وَلِيِّهِ وَلَا وِلَايَةَ لِلْأَبِ الْكَافِرِ على وَلَدِهِ الْمُسْلِمِ فَكَانَ إذْنُهُ وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ سَائِرُ عُقُودِهِ بِإِذْنِهِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ كَذَا عقود (((عقد

الْقَبُولِ فَهُوَ شَرْطُ النَّفَاذِ حتى لو وَالَى بَالِغٌ صَبِيًّا فَقَبِلَ الصَّبِيُّ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ أبيه أو وَصِيِّهِ فَإِنْ أَجَازَ جَازَ لِأَنَّ هذا نَوْعُ عَقْدٍ فَكَانَ قَبُولُ الصَّبِيِّ فيه بِمَنْزِلَةِ قَبُولِهِ في سَائِرِ الْعُقُودِ فَيَجُوزُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ وَوَصِيِّهِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ وَلِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ أَنْ يَقْبَلَا عنه كما في الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ

وَكَذَلِكَ لو وَالَى رَجُلٌ عَبْدًا فَقَبِلَ الْعَبْدُ وَقَفَ على إجَازَةِ الْمَوْلَى فإذا أَجَازَ جَازَ إلَّا أَنَّ في الْعَبْدِ إذَا أَجَازَ الْمَوْلَى فَالْوَلَاءُ من الْمَوْلَى وفي الصَّبِيِّ إذَا أَجَازَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فَيَكُونُ الْوَلَاءُ من الصَّبِيِّ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ شيئا فَوَقَعَ قَبُولُهُ لِمَوْلَاهُ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى شيئا كان المشتري لِمَوْلَاهُ فَأَمَّا الصَّبِيُّ فَهُوَ من أَهْلِ الْمِلْكِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى شيئا كان المشتري له وَلَوْ وَالَى رَجُلٌ مُكَاتَبًا جَازَ وكان مَوْلًى لِمَوْلَى الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ قَبُولَ الْمُكَاتَبِ صَحِيحٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الشِّرَاءَ فَجَازَ قَبُولُهُ إلَّا أَنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ ليس من أَهْلِ الْوَلَاءِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كَاتَبَ عَبْدًا فَأَدَّى وَعَتَقَ كان الْوَلَاءُ لِلْمَوْلَى بِخِلَافِ الصَّبِيِّ فإنه من أَهْلِ الْوَلَاءِ أَلَا يرى أَنَّ الْأَبَ لو كَاتَبَ عَبْدَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ فَأَدَّى فَعَتَقَ ثَبَتَ الْوَلَاءُ من الِابْنِ

وَأَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ هذا الْعَقْدِ فَيَصِحُّ فَتَجُوزُ مُوَالَاةُ الذِّمِّيِّ الذِّمِّيَّ وَالذِّمِّيِّ الْمُسْلِمَ وَالْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ وَلَوْ أَوْصَى ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ أو لِمُسْلِمٍ أو مُسْلِمٌ لِذِمِّيٍّ بِالْمَالِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ كَذَا الْمُوَالَاةُ وَكَذَا الذِّمِّيُّ إذَا وَالَى ذِمِّيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ الْأَسْفَلُ جَازَ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا الذُّكُورَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَتَجُوزُ مُوَالَاةُ الرَّجُلِ امْرَأَةً وَالْمَرْأَةِ رَجُلًا وَكَذَا دَارُ الْإِسْلَامِ حتى لو أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ فَوَالَى مُسْلِمًا في دَارِ الْإِسْلَامِ أو في دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ مَوْلَاهُ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ عَقْدٌ من الْعُقُودِ فَلَا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ وَبِدَارِ الْإِسْلَامِ وَبِدَارِ الْحَرْبِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ لِلْعَاقِدِ وَارِثٌ وهو أَنْ لَا يَكُونَ له من أَقَارِبِهِ من يَرِثُهُ فَإِنْ كان لم يَصِحَّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ أَقْوَى من الْعَقْدِ وَلِقَوْلِهِ عز وجل { وأولو (((وأولوا))) الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ في كِتَابِ اللَّهِ } وَإِنْ كان له زَوْجٌ أو زَوْجَةٌ يَصِحُّ الْعَقْدُ وتعطي نَصِيبُهَا وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ من الْعَرَبِ حتى لو وَالَى عَرَبِيٌّ رَجُلًا من غَيْرِ قَبِيلَتِهِ لم يَكُنْ مَوْلَاهُ وَلَكِنْ يُنْسَبُ إلَى عَشِيرَتِهِ وَهُمْ يَعْقِلُونَ عنه لِأَنَّ جَوَازَ الْمُوَالَاةِ لِلتَّنَاصُرِ وَالْعَرَبُ يَتَنَاصَرُونَ بِالْقَبَائِلِ وَإِنَّمَا تَجُوزُ مُوَالَاةُ الْعَجَمِ لِأَنَّهُمْ ليس لهم قَبِيلَةٌ فَيَتَنَاصَرُونَ بها فَتَجُوزُ مُوَالَاتُهُمْ لِأَجْلِ التَّنَاصُرِ

وَأَمَّا الذي هو من الْعَرَبِ فَلَهُ قَبِيلَةٌ يَنْصُرُونَهُ وَالنُّصْرَةُ بِالْقَبِيلَةِ أَقْوَى فَلَا يَصِيرُ مَوْلًى وَلِهَذَا لم يَثْبُتْ عليه وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ وَكَذَا وَلَاءُ الْمُوَالَاةِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا لم يَثْبُتْ عليه وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ مع أَنَّهُ أَقْوَى فَوَلَاءُ الْمُوَالَاةِ أَوْلَى وَكَذَا لو وَالَتْ امْرَأَةٌ من الْعَرَبِ رَجُلًا من غَيْرِ قَبِيلَتِهَا لِمَا بَيَّنَّا

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ من مَوَالِي الْعَرَبِ لِأَنَّ مَوْلَاهُمْ منهم لِقَوْلِهِ وأن مولى الْقَوْمِ منهم وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مُعْتَقَ أَحَدٍ فَإِنْ كان لَا يَصِحُّ منه عَقْدُ الْمُوَالَاةِ لِأَنَّ وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ أَقْوَى من وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَوَلَاءُ الْمُوَالَاةِ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ فَلَا يَجُوزُ رَفْعُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ قد عَقَلَ عنه بَيْتُ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَقَلَ عنه بَيْتُ الْمَالِ فَقَدْ صَارَ وَلَاؤُهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَجُوزُ تَحْوِيلُهُ إلَى وَاحِدٍ منهم بِعَيْنِهِ فَإِنْ كان قد عَقَلَ عنه لم يَجُزْ أَبَدًا لِأَنَّهُ سَوَاءٌ كان عَاقَدَ غَيْرَهُ فَعَقَلَ عنه أو عَقَلَ عنه بَيْتُ الْمَالِ حتى لو مَاتَ فإن مِيرَاثَهُ لِمَنْ عَاقَدَهُ أَوَّلًا فَعَقَلَ عنه أو لِبَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَاقَدَ غَيْرَهُ فَعَقَلَ عنه فَقَدْ تَأَكَّدَ عَقْدُهُ وَلَزِمَ وَخَرَجَ عن احْتِمَالِ النَّقْضِ وَالْفَسْخِ لِمَا يُذْكَرُ فَلَا يَصِحُّ مُعَاقَدَتُهُ غَيْرَهُ

وَكَذَا إذَا عَقَلَ عن الذي يُوَالِيهِ وَإِنْ كان عَاقَدَ غَيْرَهُ ولم يَعْقِلْ عنه جَازَ عَقْدُهُ مع آخَرَ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْعَقْدِ بِدُونِ الْعَقْلِ غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ إقْدَامُهُ على الثَّانِي فَسْخًا لِلْأَوَّلِ

وَأَمَّا صِفَةُ الْعَقْدِ فَهُوَ أَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ غَيْرُ لَازِمٍ حتى لو وَالَى رَجُلًا كان له أَنْ يَتَحَوَّلَ عنه بِوَلَائِهِ إلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَمْلِكُ بِهِ شيء فلم يَكُنْ لَازِمًا كَالْوَكَالَةِ وَالشَّرِكَةِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ وَالْوَصِيَّةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ فَكَذَا عَقْدُ الْمُوَالَاةِ إلَّا إذَا عَقَلَ عنه لِأَنَّهُ إذَا عَقَلَ عنه فَقَدْ تَأَكَّدَ الْعَقْلُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وفي التَّحَوُّلِ بِهِ إلَى غَيْرِهِ فَسْخُ قَضَائِهِ فَلَا يَمْلِكُ فَسْخَ الْقَضَاءِ وَكَذَا له أَنْ يَفْسَخَهُ صَرِيحًا قبل أَنْ يَعْقِلَ عنه لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ غَيْرِ لَازِمٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ كَسَائِرِ الْعُقُودِ التي هِيَ غَيْرُ لَازِمَةٍ وَلِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَجُوزُ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ يَجُوزُ لِلْآخَرِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْقَابِلَةِ لِلْفَسْخِ وهاهنا يَجُوزُ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ وهو الْقَابِلُ فَكَذَا الْآخَرُ إلَّا أَنَّهُ ليس له أَنْ يَفْسَخَهُ إلَّا بِحَضْرَةِ الْآخَرِ أَيْ بِعِلْمِهِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْآخَرِ فَلَا يَمْلِكُ إسْقَاطَهُ مَقْصُورًا من غَيْرِ عِلْمِهِ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ مَقْصُورًا من غَيْرِ عِلْمِهِ

إلَّا أَنْ يُوَالِيَ الْأَسْفَلُ آخَرَ فَيَكُونُ ذلك نَقْضًا دَلَالَةً وَإِنْ لم يَحْضُرْ صَاحِبُهُ أو انْتِقَاضًا ضَرُورَةً لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مُوَالَاةَ غَيْرِهِ إلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ فَيَنْفَسِخُ الْأَوَّلُ دَلَالَةً وَضَرُورَةً وقد يَثْبُتُ الشَّيْءُ دَلَالَةً أو ضَرُورَةً وَإِنْ كان لَا يَثْبُتُ قَصْدًا كَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ ثُمَّ عَزَلَهُ وَالْوَكِيلُ غَائِبٌ لم يَعْلَمْ بِهِ لم يَصِحَّ عَزْلُهُ وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدَ أو أَعْتَقَهُ انْعَزَلَ الْوَكِيلُ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ كَذَا هذا وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا حُكْمُ الْعَقْدِ فَالْعَقْلُ في حَالِ الْحَيَاةِ وَالْإِرْثُ بَعْدَ الْمَوْتِ وهو أَنَّ الْمَوْلَى الْأَعْلَى يَعْقِلُ عنه في حَالِ حَيَاتِهِ وَيَرِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَيَرِثُ الْأَعْلَى من الْأَسْفَلِ عِنْدَنَا لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَيَرِثُ الْأَسْفَلُ من الْأَعْلَى أَيْضًا إذَا شَرَطَا ذلك في الْمُعَاقَدَةِ بِخِلَافِ وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ أَنَّ هُنَاكَ يَرِثُ الْأَعْلَى من الْأَسْفَلِ وَلَا يَرِثُ الْأَسْفَلُ من الْأَعْلَى لِأَنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ هُنَاكَ وُجِدَ من الْأَعْلَى لَا من الْأَسْفَلِ وهو الْعِتْقُ وَالسَّبَبُ هَهُنَا الْعَقْدُ وقد شُرِطَ فيه التَّوَارُثُ من الْجَانِبَيْنِ فَيُعْتَبَرُ ذلك لِقوله الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَكَمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْوَلَاءِ في الرِّجَالِ يَثْبُتُ في أَوْلَادِهِمْ الصِّغَارِ تَبَعًا لهم حتى لو وَالَى إنْسَانًا وَلَهُ أَوْلَادٌ صِغَارٌ صَارُوا مَوَالِيَ لِلَّذِي وَالَاهُ الْأَبُ

وَكَذَا إذَا وَالَى إنْسَانًا ثُمَّ وُلِدَ له أَوْلَادٌ دَخَلُوا في وَلَاءِ الْأَبِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَلِأَنَّ لِلْأَبِ وِلَايَةٌ على وَلَدِهِ الصَّغِيرِ فَيَنْفُذُ عَقَدُهُ عليه وَلَا يَصِيرُ أَوْلَادُهُ الْكِبَارُ مَوَالِيَ بِمُوَالَاةِ الْأَبِ لِانْقِطَاعِ التَّبَعِيَّةِ وَالْوِلَايَةِ بِالْبُلُوغِ حتى لو وَالَى الْأَبُ إنْسَانًا وَلَهُ ابْنٌ كَبِيرٌ فَوَالَى رَجُلًا آخَرَ فَوَلَاؤُهُ له لَا لِمَوْلَى أبيه وَلَوْ كَبِرَ بَعْضُ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ فَأَرَادَ التَّحَوُّلَ عنه إلَى غَيْرِهِ فَإِنْ كان الْمَوْلَى قد عَقَلَ عنه أو عن أبيه أو عن أَحَدِ أخوته لم يَكُنْ له أَنْ يَتَحَوَّلَ وَإِنْ لم يَكُنْ عَقَلَ عن أَحَدٍ منهم كان له ذلك أَمَّا جَوَازُ التَّحَوُّلِ عِنْدَ عَدَمِ الْعَقْلِ فَلِأَنَّهُ لو كان كَبِيرًا وَقْتَ عَقْدِ الْأَبِ لَجَازَ له التَّحَوُّلُ وَكَذَا إذَا كَبِرَ في الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من السِّرَايَةِ في الْحَالَيْنِ وَاحِدٌ وهو عَدَمُ التَّبَعِيَّةِ وَالْوِلَايَةِ

وَأَمَّا عَدَمُ الْجَوَازِ عِنْدَ الْعَقْلِ فَلِمَا ذَكَرْنَا من اتِّصَالِ قَضَاءِ الْقَاضِي بِهِ وفي التَّحَوُّلِ فَسْخُهُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ فَيَلْزَمَ ضَرُورَةً وَلَوْ عَاقَدَتْ امْرَأَةٌ عَقْدَ الْوَلَاءِ وَلَهَا أَوْلَادٌ صِغَارٌ لَا يَصِيرُونَ مَوَالِيَ لِلَّذِي وَالَتْهُ أُمُّهُمْ وَلَا تُشْبِهُ الْأُمُّ في هذا الْبَابِ الْأَبَ لِأَنَّهُ ليس لِلْمَرْأَةِ وِلَايَةٌ على أَوْلَادِهَا الصِّغَارِ

أَلَا تَرَى أنها لَا تَشْتَرِي لهم وَلَا تَبِيعُ عليهم وَلِلْأَبِ أَنْ يَفْعَلَ ذلك وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ الْخِلَافَ في الْمَسْأَلَةِ فقال يَثْبُتُ حُكْمُ وَلَائِهَا في أَوْلَادِهَا الصِّغَارِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَثْبُتُ وَلَوْ وَالَى رَجُلٌ رَجُلًا ثُمَّ وُلِدَ من امْرَأَةٍ قد وَالَتْ رَجُلًا فَوَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوْلَى الْأَبِ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ وَلَاءَانِ وَلَاءُ الْأَبِ وَوَلَاءُ الْأُمِّ فَتَرَجَّحَ جَانِبُ الْأَبِ لِأَنَّ لِلْأَبِ وِلَايَةً عليهم وَلَا وِلَايَةَ لِلْأُمِّ

أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَعْقِدَ على وَلَدِهِ عَقْدَ الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ وَلَيْسَ لِلْأُمِّ ذلك فَكَذَا عَقْدُ الْوَلَاءِ وَكَذَا لو وَالَتْ وَهِيَ حُبْلَى وَلَا يُشْبِهُ هذا وَلَاءَ الْعَتَاقَةِ لِأَنَّ في وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ إذَا أَعْتَقَهَا وَهِيَ حُبْلَى يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِالْعِتْقِ وَالْعِتْقُ يَثْبُتُ في الْوَلَدِ كما يَثْبُتُ في الْأُمِّ فَكَانَ لِلْوَلَدِ وَلَاءُ نَفَسِهِ لِكَوْنِهِ أَصْلًا في الْعِتْقِ فَأَمَّا وَلَاءُ الْمُوَالَاةِ فَبِالْعَقْدِ وَعَقْدُهَا لَا يَجُوزُ على ما في بَطْنِهَا فلم يَصِرْ الْوَلَدُ أَصْلًا في الْوَلَاءِ فَكَانَ تَبَعًا لِلْأَبِ في الْوَلَاءِ كما في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى

وَكَذَلِكَ لو كان لَهُمَا أَوْلَادٌ صِغَارٌ فَوَالَتْ الْأُمُّ إنْسَانًا ثُمَّ وَالَى الْأَبُ آخَرَ فَوَلَاءُ الْأَوْلَادِ لِمَوَالِي الْأَبِ لِمَا قُلْنَا

ذِمِّيَّةٌ أَسْلَمَتْ فَوَالَتْ رَجُلًا وَلَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ من ذِمِّيٍّ لم يَكُنْ وَلَاءُ وَلَدِهَا لِمَوْلَاهَا في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وفي قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ يَكُونُ وَلَاءُ وَلَدِهَا لِمَوْلَاهَا بِمَنْزِلَةِ الْعَتَاقَةِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأُمَّ لَا وِلَايَةَ لها على الْوَلَدِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لها أَنْ تَعْقِدَ على وَلَدِهَا عَقْدَ الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ فَكَذَلِكَ عَقْدُ الْوَلَاءِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذِّمِّيَّ لَا وِلَايَةَ له على وَلَدِهِ الْمُسْلِمِ فَتَعَذَّرَ إثْبَاتُ الْوَلَاءِ من الْأَبِ وَالْوَلَاءُ إذَا تَعَذَّرَ إثْبَاتُهُ من جِهَةِ الْأَبِ يَثْبُتُ من جِهَةِ الْأُمِّ كما إذَا كان الْأَبُ عَبْدًا وَكَمَا في وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ إذَا كان الْأَبُ عَبْدًا

وَلَوْ قَدِمَ حَرْبِيٌّ إلَيْنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ وَوَالَى رَجُلًا ثُمَّ سُبِيَ ابْنُهُ فَأُعْتِقَ لم يَجُزْ وَلَاءُ الْأَبِ وَإِنْ سُبِيَ أَبُوهُ فَأُعْتِقَ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ إلَى مَوْلَاهُ لِأَنَّ الِابْنَ يَتْبَعُ الْأَبَ في الْوَلَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا فَأَمَّا الْأَبُ فَلَا يَتْبَعُ الِابْنَ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إلَيْهِ وَإِنَّمَا يُنْسَبُ الِابْنُ إلَى أبيه فَإِنْ كان ابن الِابْنِ أَسْلَمَ وَوَالَى رَجُلًا لم يَجُرَّ الْجَدُّ وَلَاءَهُ

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ وقال لِأَنَّ الْجَدَّ لَا يَجُرُّ الْوَلَاءَ إلَّا أَنْ يَجُرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ فَيَجُرُّ بِجَرِّهِ وَلَاءَ ابْنِهِ وَلَاءَهُ

وقال الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ وَجْهُ هذه الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَكُونَ الْأَسْفَلُ مُوَالِيًا وَالْأَوْسَطُ حَرْبِيًّا وَالْجَدُّ مُعْتِقًا فَلَا يَجُرُّ وَلَاءَ الْأَسْفَلِ إلَّا أَنْ يُسْلِمَ الْأَوْسَطُ وَيُوَالِيَ فَيَجُرُّ الْجَدُّ وَلَاءَهُ وَوَلَاءَ الْأَسْفَلِ يجر (((بجر))) وَلَائِهِ

وَلَوْ أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ أو ذِمِّيٌّ على يَدَيْ

(4/172)

رَجُلٍ وَوَالَاهُ ثُمَّ أَسْلَمَ ابْنُهُ الْكَبِيرُ على يَدَيْ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالَاهُ كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مولى لِلَّذِي وَالَاهُ وَلَا يَجُرُّ بَعْضُهُمْ إلَى بَعْضٍ وَلَيْسَ هذا كَالْعَتَاقِ أَنَّهُ إذَا أُعْتِقَ أَبُوهُ جَرَّ وَلَاءَ الْوَلَدِ إلَى نَفْسِهِ لِأَنَّ هَهُنَا وَلَاءَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَبَتَ بِالْعَقْدِ وَعَقْدُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجُوزُ على نَفْسِهِ وَلَا يَجُوزُ على غَيْرِهِ وَهُنَاكَ وَلَاءُ الْوَلَدِ ثَبَتَ بِالْعَقْدِ وَوَلَاءُ الْأَبِ ثَبَتَ بِالْعِتْقِ وَوَلَاءُ الْعِتْقِ أَقْوَى من وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ فَيَسْتَتْبِعُ الْأَقْوَى الْأَضْعَفَ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ لِأَنَّ وَلَاءَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ليس أَقْوَى من وَلَاءِ صَاحِبِهِ لِثُبُوتِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَقْدِ فَهُوَ الْفَرْقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْحُكْمِ فَهُوَ أَنَّ الْوَلَاءَ الثَّابِتَ بهذا الْعَقْدِ لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ بِالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ فَلَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كَالنَّسَبِ وَوَلَاءِ الْعَتَاقَةِ وَلِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم الْوَلَاءُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ حتى لو بَاعَ رَجُلٌ وَلَاءَ مُوَالَاةٍ أو عَتَاقَةٍ بِعَبْدٍ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ كان إعْتَاقُهُ بَاطِلًا لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ بَدَلٍ إذْ الْوَلَاءُ ليس بِمَالٍ فلم يَمْلِكْهُ فلم يَصِحَّ إعْتَاقُهُ كما لو اشْتَرَى عَبْدًا بِمَيْتَةٍ أو دَمٍ أو بِحُرٍّ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ
وَلَوْ بَاعَ الْمَوْلَى الْأَسْفَلُ وَلَاءَهُ من آخَرَ أو وَهَبَهُ لَا يَكُونُ بَيْعًا أَيْضًا وَلَا هِبَةً لِمَا قُلْنَا لَكِنَّهُ يَكُونُ نَقْضًا لِوَلَاءِ الْأَوَّلِ وَمُوَالَاةً لِهَذَا الثَّانِي لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُعْتَاضُ منه فَبَطَلَ الْعِوَضُ وَبَقِيَ قَوْلُهُ الْوَلَاءُ لَك فَيَكُونُ مُوَالَاةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّانِي كما لو سَلَّمَ الشُّفْعَةَ بِمَالٍ صَحَّ التَّسْلِيمُ لَكِنْ لَا يَجِبُ الْمَالُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ فإنه يَظْهَرُ بِمَا ظَهَرَ بِهِ وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ وهو الشَّهَادَةُ الْمُفَسِّرَةُ أو الْإِقْرَارُ سَوَاءٌ كان الْإِقْرَارُ في الصِّحَّةِ أو الْمَرَضِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ في إقْرَارِهِ إذَا لم يَكُنْ له وَارِثٌ مَعْلُومٌ فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ كما تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ إذَا لم يَكُنْ له وَارِثٌ مَعْلُومٌ
وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ فَأَخَذَ رَجُلٌ مَالَهُ وَادَّعَى أَنَّهُ وَارِثُهُ وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَمْنَعَ منه إذَا لم يُخَاصِمْهُ أَحَدٌ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَدْرِي أَلِبَيْتِ الْمَالِ أو لِغَيْرِهِ وهو يَدَّعِي أَنَّهُ له وَلَا مَانِعَ عنه فَلَا يَتَعَرَّضُ له فَإِنْ خَاصَمَهُ أَحَدٌ سَأَلَهُ الْقَاضِي الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ لَا بد (((يد))) له وكان مُدَّعِيًا فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ
كِتَابُ الْإِجَارَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في سَبْعِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ جَوَازِ الْإِجَارَةِ وفي بَيَانِ رُكْنِ الْإِجَارَةِ وَمَعْنَاهَا وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْإِجَارَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْإِجَارَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ اخْتِلَافِ الْعَاقِدَيْنِ في عَقْدِ الْإِجَارَةِ وفي بَيَانِ ما يَنْتَهِي بِهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال أبو بَكْرٍ الْأَصَمُّ إنَّهَا لَا تَجُوزُ وَالْقِيَاسُ ما قَالَهُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنَافِعُ لِلْحَالِ مَعْدُومَةٌ وَالْمَعْدُومُ لَا يَحْتَمِلُ الْبَيْعَ فَلَا يَجُوزُ إضَافَةُ الْبَيْعِ إلَى ما يُؤْخَذُ في الْمُسْتَقْبَلِ كَإِضَافَةِ الْبَيْعِ إلَى أَعْيَانٍ تُؤْخَذُ في الْمُسْتَقْبَلِ فَإِذًا لَا سَبِيلَ إلَى تَجْوِيزِهَا لَا بِاعْتِبَارِ الْحَالِ وَلَا بِاعْتِبَارِ المال فَلَا جَوَازَ لها رَأْسًا لَكِنَّا اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ
أَمَّا الْكِتَابُ الْعَزِيزُ فَقَوْلُهُ عز وجل خَبَرًا عن أَبِ الْمَرْأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ سقي لَهُمَا مُوسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { قال إنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَك إحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ

على أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ } أَيْ على أَنْ تَكُونَ أَجِيرًا لي أو على أَنْ تَجْعَلَ عِوَضِي من إنْكَاحِي ابْنَتِي إيَّاكَ رَعْيَ غَنَمِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ يُقَالُ آجَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَيْ عَوَّضَهُ وَأَثَابَهُ وَقَوْلُهُ عز وجل خَبَرًا عن تَيْنِكَ الْمَرْأَتَيْنِ { قالت إحْدَاهُمَا يا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إنَّ خَيْرَ من اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ } وما قَصَّ اللَّهُ عَلَيْنَا من شَرَائِعِ من قَبْلَنَا من غَيْرِ نَسْخٍ يَصِيرُ شَرِيعَةً لنا مُبْتَدَأَةً وَيَلْزَمُنَا على أَنَّهُ شَرِيعَتُنَا لَا على أَنَّهُ شَرِيعَةُ من قَبْلَنَا لِمَا عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وَقَوْلُهُ عز وجل { فإذا قُضِيَتْ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا في الْأَرْضِ وَابْتَغُوا من فَضْلِ اللَّهِ } وَالْإِجَارَةُ ابْتِغَاءُ الْفَضْلِ وَقَوْلُهُ عز وجل { ليس عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا من رَبِّكُمْ }
وقد قِيلَ نَزَلَتْ الْآيَةُ في حَجِّ الْمُكَارِي فإنه رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جاء إلَى ابْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما فقال إنَّا قَوْمٌ نكري وَنَزْعُمُ أَنْ ليس لنا حَجٌّ
فقال أَلَسْتُمْ تُحْرِمُونَ وَتَقِفُونَ وَتَرْمُونَ فقال نعم فقال رضي اللَّهُ عنه أَنْتُمْ حُجَّاجٌ ثُمَّ قال سَأَلَ رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عَمَّا سَأَلْتنِي فلم يُجِبْهُ حتى أَنْزَلَ اللَّهُ عز وجل { ليس عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا من رَبِّكُمْ }
فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْتُمْ حُجَّاجٌ
وَقَوْلُهُ عز وجل في اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ { وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ } نَفَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْجُنَاحَ عَمَّنْ يَسْتَرْضِعُ وَلَدَهُ وَالْمُرَادُ

منه الِاسْتِرْضَاعُ بِالْأُجْرَةِ
دَلِيلُهُ قَوْله تَعَالَى { إذَا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ } قِيلَ أَيْ الْأَجْرَ الذي قَبِلْتُمْ وَقَوْلُهُ { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } وَهَذَا نَصٌّ وهو في الْمُطَلَّقَاتِ وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رَوَى مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَأَبِي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَسْتَامُ الرَّجُلُ على سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَنْكِحُ على خِطْبَتِهِ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا تَبِيعُوا بِإِلْقَاءِ الْحَجَرِ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ وَهَذَا منه صلى اللَّهُ عليه وسلم تَعْلِيمُ شَرْطِ جَوَازِ الْإِجَارَةِ وهو إعْلَامُ الْأَجْرِ فَيَدُلُّ على الْجَوَازِ
وَرُوِيَ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قبل أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ أَمَرَ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِالْمُبَادَرَةِ إلَى إعْطَاءِ أَجْرِ الْأَجِيرِ قبل فَرَاغِهِ من الْعَمَلِ من غَيْرِ فَصْلٍ فَيَدُلُّ على جَوَازِ الأجارة
وَعَنْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال ثَلَاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يوم الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْت خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى منه ولم يُعْطِهِ أَجْرَهُ
وَعَنْ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أنها قالت اسْتَأْجَرَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وأبو بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه رَجُلًا من بَنِي الدئل (((الديل))) هَادِيًا خِرِّيتًا وهو على دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ فَدَفَعَا إلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثٍ فَأَتَاهُمَا فَارْتَحَلَا وَانْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بن فُهَيْرَةَ وَالدَّلِيلُ الدئلي (((الديلي))) فَأَخَذَ بِهِمْ طَرِيقَ السَّاحِلِ وَأَدْنَى ما يُسْتَدَلُّ بِفِعْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الْجَوَازُ
وروى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم مَرَّ على رَافِعِ بن خَدِيجٍ وهو في

حَائِطِهِ فَأَعْجَبَهُ فقال لِمَنْ هذا الْحَائِطُ فقال لي يا رَسُولَ اللَّهِ اسْتَأْجَرْته فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ منه
خَصَّ صلى اللَّهُ عليه وسلم النَّهْيَ بِاسْتِئْجَارِهِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ منه وَلَوْ لم تَكُنْ الْإِجَارَةُ جَائِزَةً أَصْلًا لَعَمَّ النَّهْيُ إذْ النَّهْيُ عن الْمُنْكَرِ وَاجِبٌ وَكَذَا بُعِثَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَالنَّاسُ يُؤَاجِرُونَ وَيَسْتَأْجِرُونَ فلم يُنْكِرْ عليهم فَكَانَ ذلك تَقْرِيرًا منه وَالتَّقْرِيرُ أَحَدُ وُجُوهِ السُّنَّةِ
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الْأُمَّةَ أَجْمَعَتْ على ذلك قبل وُجُودِ الْأَصَمِّ حَيْثُ يَعْقِدُونَ عَقْدَ الْإِجَارَةِ من زَمَنِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ إلَى يَوْمِنَا هذا من غَيْرِ نَكِيرٍ فَلَا يُعْبَأُ بِخِلَافِهِ إذْ هو خِلَافُ الْإِجْمَاعِ
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْقِيَاسَ مَتْرُوكٌ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى إنَّمَا شَرَعَ الْعُقُودَ لِحَوَائِجِ الْعِبَادِ وَحَاجَتُهُمْ إلَى الْإِجَارَةِ ماستهم (((ماسة))) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ لَا يَكُونُ له دَارٌ مَمْلُوكَةٌ يَسْكُنُهَا أو أَرْضٌ مَمْلُوكَةٌ يَزْرَعُهَا أو دَابَّةٌ مَمْلُوكَةٌ يَرْكَبُهَا وقد لَا يُمْكِنُهُ تَمَلُّكُهَا بِالشِّرَاءِ لِعَدَمِ الثَّمَنِ وَلَا بِالْهِبَةِ وَالْإِعَارَةِ لِأَنَّ نَفْسَ كل وَاحِدٍ لَا تَسْمَحُ بِذَلِكَ فَيَحْتَاجُ إلَى الْإِجَارَةِ فَجُوِّزَتْ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس كَالسَّلَمِ وَنَحْوِهِ
تَحْقِيقُهُ إن الشَّرْعَ شَرَعَ لِكُلِّ حَاجَةٍ عَقْدًا يَخْتَصُّ بها فَشَرَعَ لِتَمْلِيكِ الْعَيْنِ بِعِوَضٍ عَقْدًا وهو الْبَيْعُ وَشَرَعَ لِتَمْلِيكِهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ عَقْدًا وهو الْهِبَةُ وَشَرَعَ لِتَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ عَقْدًا وهو الْإِعَارَةُ فَلَوْ لم يُشَرِّعْ الْإِجَارَةَ مع امْتِسَاسِ الْحَاجَةِ إلَيْهَا لم يَجِدْ الْعَبْدُ لِدَفْعِ هذه الْحَاجَةِ سَبِيلًا
وَهَذَا خِلَافُ مَوْضُوعِ الشَّرْعِ
فَصْلٌ وَأَمَّا رُكْنُ الْإِجَارَةِ وَمَعْنَاهَا أَمَّا رُكْنُهَا فَالْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَذَلِكَ بِلَفْظٍ دَالٍّ عليها وهو لَفْظُ الْإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ وَالِاكْتِرَاءِ وَالْإِكْرَاءِ فإذا وُجِدَ ذلك فَقَدْ تَمَّ الرُّكْنُ وَالْكَلَامُ في صِيغَةِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَصِفَتِهِمَا في الْإِجَارَةِ كَالْكَلَامِ فِيهِمَا في الْبَيْعِ وقد ذَكَرْنَا ذلك في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَأَمَّا مَعْنَى الْإِجَارَةِ فَالْإِجَارَةُ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ لُغَةً وَلِهَذَا سَمَّاهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ بَيْعًا وَأَرَادُوا بِهِ بَيْعَ الْمَنْفَعَةِ وَلِهَذَا سمى الْبَدَلُ في هذا الْعَقْدِ أُجْرَةً وَسَمَّى اللَّهُ بَدَلَ الرَّضَاعِ أَجْرًا بِقَوْلِهِ { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } وَالْأُجْرَةُ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ لُغَةً وَلِهَذَا سمى الْمَهْرُ في بَابِ النِّكَاحِ أَجْرًا بِقَوْلِهِ عز وجل { فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } أَيْ مُهُورَهُنَّ لِأَنَّ الْمَهْرَ بَدَلُ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ وَسَوَاءٌ أُضِيفَ إلَى الدُّورِ وَالْمَنَازِلِ وَالْبُيُوتِ وَالْحَوَانِيتِ وَالْحَمَّامَاتِ وَالْفَسَاطِيطِ وَعَبِيدِ الْخِدْمَةِ وَالدَّوَابِّ وَالثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَالْأَوَانِي وَالظُّرُوفِ وَنَحْوِ ذلك أو إلَى الصُّنَّاعِ من الْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ وَالصَّبَّاغِ وَالصَّائِغِ وَالنَّجَّارِ وَالْبَنَّاءِ وَنَحْوِهِمْ وَالْأَجِيرُ قد يَكُونُ خَاصًّا وهو الذي يَعْمَلُ لِوَاحِدٍ وهو الْمُسَمَّى بِأَجِيرِ الوحد (((الواحد))) وقد يَكُونُ مُشْتَرَكًا وهو الذي يَعْمَلُ لِعَامَّةِ الناس وهو الْمُسَمَّى بِالْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ
وَذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ أَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعَانِ إجَارَةٌ على الْمَنَافِعِ وَإِجَارَةٌ على الْأَعْمَالِ وَفَسَّرَ النَّوْعَيْنِ بِمَا ذَكَرْنَا وَجَعَلَ الْمَعْقُودَ عليه في أَحَدِ النَّوْعَيْنِ الْمَنْفَعَةَ وفي الْآخَرِ الْعَمَلَ وَهِيَ في الْحَقِيقَةِ نَوْعٌ وَاحِدٌ لِأَنَّهَا بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ فَكَانَ الْمَعْقُودُ عليه

الْمَنْفَعَةَ في النَّوْعَيْنِ جميعا إلَّا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ مَحِلِّ الْمَنْفَعَةِ فَيَخْتَلِفُ اسْتِيفَاؤُهَا بِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ الْمَنَازِلِ بِالسُّكْنَى وَالْأَرَاضِي بِالزِّرَاعَةِ وَالثِّيَابِ وَالْحُلَلِ وَعَبِيدِ الْخِدْمَةِ بِالْخِدْمَةِ وَالدَّوَابِّ بِالرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ وَالْأَوَانِي وَالظُّرُوفِ بِالِاسْتِعْمَالِ وَالصُّنَّاعِ بِالْعَمَلِ من الْخِيَاطَةِ وَالْقِصَارَةِ وَنَحْوِهِمَا وقد يُقَامُ فيه تَسْلِيمُ النَّفْسِ مَقَامَ الِاسْتِيفَاءِ كما في أَجِيرِ الوحد (((الواحد))) حتى لو سَلَّمَ نَفْسَهُ في الْمُدَّةِ ولم يَعْمَلْ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ

وإذا عُرِفَ أَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ فَنُخَرِّجُ عليه بَعْضَ الْمَسَائِلِ فَنَقُولُ لَا تَجُوزُ إجَارَةُ الشَّجَرِ وَالْكَرْمِ لِلثَّمَرِ لِأَنَّ الثَّمَرَ عَيْنٌ وَالْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ لَا بَيْعُ الْعَيْنِ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الشَّاةِ لِلَبَنِهَا أو سَمْنِهَا أو صُوفِهَا أو وَلَدِهَا لِأَنَّ هذه أَعْيَانٌ فَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَكَذَا إجَارَةُ الشَّاةِ ليرضع (((لترضع))) جَدْيًا أو صَبِيًّا لِمَا قُلْنَا وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ مَاءٍ في نَهْرٍ أو بِئْرٍ أو قَنَاةٍ أو عَيْنٍ لِأَنَّ الْمَاءَ عَيْنٌ فَإِنْ اسْتَأْجَرَ الْقَنَاةَ وَالْعَيْنَ وَالْبِئْرَ مع الْمَاءِ لم يَجُزْ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ منه الْمَاءُ وهو عَيْنٌ وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْآجَامِ التي فيها الْمَاءُ لِلسَّمَكِ وَغَيْرِهِ من الْقَصَبِ وَالصَّيْدِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك عَيْنٌ فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا مع الْمَاءِ فَهُوَ أَفْسَدُ وَأَخْبَثُ لِأَنَّ اسْتِئْجَارَهَا بِدُونِ الْمَاءِ فَاسِدٌ فَكَانَ مع الْمَاءِ أَفْسَدَ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الْمَرَاعِي لِأَنَّ الْكَلَأَ عَيْنٌ فَلَا تُحْتَمَلُ الْإِجَارَةُ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَلَا تِبْرِهِمَا وَكَذَا تِبْرُ النُّحَاسِ وَالرَّصَاصِ وَلَا اسْتِئْجَارُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بها إلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِ أَعْيَانِهَا وَالدَّاخِلُ تَحْتَ الْإِجَارَةِ الْمَنْفَعَةُ لَا الْعَيْنُ حتى لو اسْتَأْجَرَ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لِيُعَيِّرَ بها مِيزَانًا أو حِنْطَةً لِيُعَيِّرَ بها مِكْيَالًا أو زَيْتًا ليعير (((ليعبر))) بِهِ أَرْطَالًا أو أَمْنَانًا أو وَقْتًا مَعْلُومًا

ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ ذلك نَوْعُ انْتِفَاعٍ بها مع بَقَاءِ عَيْنِهَا فَأَشْبَهَ اسْتِئْجَارَ سَنَجَاتِ الْمِيزَانِ

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِفَقْدِ شَرْطٍ آخَرَ وهو كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَقْصُودَةً وَالِانْتِفَاعُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ من هذه الْجِهَةِ غَيْرُ مَقْصُودٍ عَادَةً وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْفَحْلِ لِلضِّرَابِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ منه النَّسْلُ وَذَلِكَ بِإِنْزَالِ الْمَاءِ وهو عَيْنٌ وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ نهى عن عَسْبِ الْفَحْلِ أَيْ كِرَائِهِ لِأَنَّ الْعَسْبَ في اللُّغَةِ وَإِنْ كان اسْمًا لِلضِّرَابِ لَكِنْ لَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عليه لِأَنَّ ذلك ليس بِمَنْهِيٍّ لِمَا في النَّهْيِ عنه من قَطْعِ النَّسْلِ فَكَانَ الْمُرَادُ منه كِرَاءَ عَسْبِ الْفَحْلِ إلَّا أَنَّهُ حَذَفَ الْكِرَاءَ وَأَقَامَ الْعَسْبَ مَقَامَهُ كما في قَوْلِهِ عز وجل { وَاسْأَلْ الْقَرْيَةَ } وَنَحْوِ ذلك

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ كَلْبًا مُعَلَّمًا لِيَصِيدَ أو بَازِيًا لم يَجُزْ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ على الْعَيْنِ وهو الصَّيْدُ وَجِنْسُ هذه الْمَسَائِلِ تُخَرَّجُ على الْأَصْلِ

فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ إنَّ اسْتِئْجَارَ الظِّئْرِ جَائِزٌ وإنه اسْتِئْجَارٌ على الْعَيْنِ وَهِيَ اللَّبَنُ بِدَلِيلِ إنها لو أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لم تَسْتَحِقَّ الْأُجْرَةَ

فَالْجَوَابُ إنه رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ على خِدْمَةِ الصَّبِيِّ وَاللَّبَنُ يَدْخُلُ على طَرِيقِ التَّبَعِ فَكَانَ ذلك اسْتِئْجَارًا على الْمَنْفَعَةِ أَيْضًا وَاسْتِيفَاؤُهَا بِالْقِيَامِ بِخِدْمَةِ الصَّبِيِّ من غَسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ وَإِلْبَاسِهَا إيَّاهُ وَطَبْخِ طَعَامِهِ وَنَحْوِ ذلك وَاللَّبَنُ يَدْخُلُ فيه تَبَعًا كَالصَّبْغِ في اسْتِئْجَارِ الصَّبَّاغِ وإذا أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ الشَّاةِ فلم تَأْتِ بِمَا دخل تَحْتَ الْعَقْدِ فَلَا تَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ كَالصَّبَّاغِ إذَا صَبَغَ الثَّوْبَ لَوْنًا آخَرَ غير ما وَقَعَ عليه الْعَقْدُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ وَذَا لَا يَدُلُّ على أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه ليس هو الْمَنْفَعَةَ كَذَا هَهُنَا

وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال إنَّ الْمَعْقُودَ عليه هُنَاكَ الْعَيْنُ وَهِيَ اللَّبَنُ مَقْصُودًا وَالْخِدْمَةُ تبع (((تتبع))) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ وَلَا يَتَرَبَّى إلَّا بِاللَّبَنِ فأجرى اللَّبَنُ مَجْرَى الْمَنَافِعِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ اسْتِئْجَارُ

الْأَقْطَعِ وَالْأَشَلِّ لِلْخِيَاطَةِ بِنَفْسِهِ وَالْقِصَارَةِ وَالْكِتَابَةِ وَكُلِّ عَمَلٍ لَا يَقُومُ إلَّا بِالْيَدَيْنِ وَاسْتِئْجَارُ الْأَخْرَسِ لِتَعْلِيمِ الشِّعْرِ وَالْأَدَبِ وَالْأَعْمَى لِنَقْطِ الْمَصَاحِفِ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنْفَعَةُ لَا تَحْدُثُ عَادَةً إلَّا عِنْدَ سَلَامَةِ الْآلَاتِ وَالْأَسْبَابِ وَكَذَا اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ السَّبِخَةِ وَالنَّزَّةِ لِلزِّرَاعَةِ وَهِيَ لَا تَصْلُحُ لها لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الزِّرَاعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ حُدُوثُهَا منها عَادَةً فَلَا تَقَعُ الْإِجَارَةُ ببيع (((ببيع))) الْمَنْفَعَةِ فلم نجز (((تجز))) وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ اسْتِئْجَارُ الْمُصْحَفِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْمُصْحَفِ النَّظَرُ فيه وَالْقِرَاءَةُ منه وَالنَّظَرُ في مُصْحَفِ الْغَيْرِ وَالْقِرَاءَةُ منه مُبَاحٌ وَالْإِجَارَةُ ببيع (((بيع))) الْمَنْفَعَةِ وَالْمُبَاحُ لَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كَالْأَعْيَانِ الْمُبَاحَةِ من الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ

وَكَذَا اسْتِئْجَارُ كُتُبٍ لِيَقْرَأَ فيها شِعْرًا أو فِقْهًا لِأَنَّ مَنَافِعَ الدَّفَاتِرِ النَّظَرُ فيها وَالنَّظَرُ في دَفْتَرِ الْغَيْرِ مُبَاحٌ من غَيْرِ أَجْرٍ فَصَارَ كما لو اسْتَأْجَرَ ظِلَّ حَائِطٍ خَارِجَ دَارِهِ لِيَقْعُدَ فيه

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شيئا من الْكُتُبِ لِيَقْرَأَ فَقَرَأَ لَا أَجْرَ عليه لِانْعِدَامِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَعَلَى هذا أَيْضًا يخرج (((تخرج))) إجَارَةُ الْآجَامِ لِلسَّمَكِ وَالْقَصَبِ وَإِجَارَةُ الْمَرَاعِي

لِلْكَلَأِ وَسَائِرُ الْأَعْيَانِ الْمُبَاحَةِ إنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ لِمَا بَيَّنَّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا شَرْطُ الِانْعِقَادِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ النَّفَاذِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ الصِّحَّةِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ اللُّزُومِ

أَمَّا شَرْطُ الِانْعِقَادِ فَثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَقْدِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى مَكَانِ الْعَقْدِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ فَالْعَقْلُ وهو أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ عَاقِلًا حتى لَا تَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ كما لَا يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ مِنْهُمَا

وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ وَلَا من شَرَائِطِ النَّفَاذِ عِنْدَنَا حتى إنَّ الصَّبِيَّ الْعَاقِلَ لو أَجَرَ مَالَهُ أو نَفْسَهُ فَإِنْ كان مَأْذُونًا يَنْفُذُ وَإِنْ كان مَحْجُورًا يَقِفُ على إجَازَةِ الْوَلِيِّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهِيَ من مَسَائِلِ الْمَأْذُونِ

وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ الْمَحْجُورُ نَفْسَهُ وَعَمِلَ وَسَلِمَ من الْعَمَلِ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ وَيَكُونُ الْأَجْرُ له أَمَّا اسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ فَلِأَنَّ عَدَمَ النَّفَاذِ كان نَظَرًا له وَالنَّظَرُ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْعَمَلِ سَلِيمًا في النَّفَاذِ فَيَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ وَلَا يُهْدَرُ سَعْيُهُ فَيَتَضَرَّرَ بِهِ وكان الْوَلِيُّ أَذِنَ له بِذَلِكَ دَلَالَةً بِمَنْزِلَةِ قَبُولِ الْهِبَةِ من الْغَيْرِ

وَأَمَّا كَوْنُ الْأُجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ له فَلِأَنَّهَا بَدَلُ مَنَافِعَ وَهِيَ حقه وَكَذَا حُرِّيَّةُ الْعَاقِدِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ هذا الْعَقْدِ وَلَا لِنَفَاذِهِ عِنْدَنَا فَيَنْفُذُ عَقْدُ الْمَمْلُوكِ إنْ كان مَأْذُونًا وَيَقِفُ على إجارة (((إجازة))) مَوْلَاهُ إنْ كان مَحْجُورًا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَقِفُ بَلْ يَبْطُلُ

وإذا سَلِمَ من الْعَمَلِ في إجَارَةِ نَفْسِهِ أو إجَارَةِ مَالِ الْمَوْلَى وَجَبَ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى لِمَا ذَكَرْنَا في الصَّبِيِّ إلَّا أَنَّ الْأَجْرَ هُنَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّ الْعَبْدَ مِلْكُ الْمَوْلَى وَالْأَجْرُ كَسْبُهُ وَكَسْبُ الْمَمْلُوكِ لِلْمَالِكِ

وَلَوْ هَلَكَ الصَّبِيُّ أو الْعَبْدُ في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ في الْمُدَّةِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا حَيْثُ اسْتَعْمَلَهُمَا من غَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى وَلَا يَجِبُ الْأَجْرُ لِأَنَّ الْأَجْرَ مع الضَّمَانِ لَا

يَجْتَمِعَانِ وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ أو الصَّبِيُّ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ أو الْقِيمَةُ وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ في مَالِهِ لِأَنَّ إيجَابَ الْأُجْرَةِ هَهُنَا لَا يُؤَدِّي إلَى الْجَمْعِ لِاخْتِلَافِ من عليه الْوَاجِبُ وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُؤَاجِرَ وَيَسْتَأْجِرَ لِأَنَّهُ في مَكَاسِبِهِ كَالْحُرِّ
وَأَمَّا كَوْنُ الْعَاقِدِ طَائِعًا جَادًّا عَامِدًا فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ هذا الْعَقْدِ وَلَا لِنَفَاذِهِ عِنْدَنَا لَكِنَّهُ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وَإِسْلَامُهُ ليس بِشَرْطٍ أَصْلًا فَتَجُوزَ الْإِجَارَةُ وَالِاسْتِئْجَارُ من الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ وَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ لِأَنَّ هذا من عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَيَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ جميعا كَالْبِيَاعَاتِ غير أَنَّ الذِّمِّيَّ إنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا من المسلم (((مسلم))) في الْمِصْرِ فَأَرَادَ أَنْ يَتَّخِذَهَا مُصَلًّى لِلْعَامَّةِ وَيَضْرِبَ فيها بِالنَّاقُوسِ له ذلك وَلِرَبِّ الدَّارِ وَعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَمْنَعُوهُ من ذلك على طَرِيقِ الْحِسْبَةِ لِمَا فيه من إحْدَاثِ شَعَائِرَ لهم وَفِيهِ تَهَاوُنٌ بِالْمُسْلِمِينَ وَاسْتِخْفَافٌ بِهِمْ كما يُمْنَعُ من إحْدَاثِ ذلك في دَارِ نَفْسِهِ في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ وَلِهَذَا يُمْنَعُونَ من إحْدَاثِ الْكَنَائِسِ في أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ
قال النبي لَا خِصَاءَ في الْإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ أَيْ لَا يَجُوزُ إخْصَاءُ الْإِنْسَانِ وَلَا إحْدَاثُ الْكَنِيسَةِ في دَارِ الْإِسْلَامِ في الْأَمْصَارِ وَلَا يُمْنَعُ أَنْ يُصَلِّيَ فيها بِنَفْسِهِ من غَيْرِ جَمَاعَةٍ لِأَنَّهُ ليس فيه ما ذَكَرْنَاهُ من الْمَعْنَى أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو فَعَلَ ذلك في دَارِ نَفْسِهِ لَا يُمْنَعُ منه وَلَوْ كانت الدَّارُ بِالسَّوَادِ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ من ذلك لَكِنْ قِيلَ أن أَبَا حَنِيفَةَ إنَّمَا أَجَازَ ذلك في زَمَانِهِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ السَّوَادِ في زَمَانِهِ كَانُوا أَهْلَ الذِّمَّةِ من الْمَجُوسِ فَكَانَ لَا يُؤَدِّي ذلك إلَى الْإِهَانَةِ وَالِاسْتِخْفَافِ بِالْمُسْلِمِينَ وَأَمَّا الْيَوْمَ فَالْحَمْدُ لِلَّهِ عز وجل فَقَدْ صَارَ السَّوَادُ كَالْمِصْرِ فَكَانَ الْحُكْمُ فيه كَالْحُكْمِ في الْمِصْرِ
وَهَذَا إذَا لم يُشْرَطْ ذلك في الْعَقْدِ فَأَمَّا إذَا شُرِطَ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ ذِمِّيٌّ دَارًا من مُسْلِمٍ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ لِيَتَّخِذَهَا مُصَلًّى لِلْعَامَّةِ لم تَجُزْ الْإِجَارَةُ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ على الْمَعْصِيَةِ
وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ لِيَفْعَلَ ذلك لِمَا قُلْنَا وَلَا بَأْسَ بِاسْتِئْجَارِ ظِئْرٍ كَافِرَةٍ وَالَّتِي وَلَدَتْ من فُجُورٍ لِأَنَّ الْكُفْرَ وَالْفُجُورَ لَا يُؤَثِّرَانِ في اللبان (((اللبن))) لِأَنَّ لَبَنَهُمَا لَا يَضُرُّ بِالصَّبِيِّ وَيُكْرَهُ اسْتِئْجَارُ الْحَمْقَاءِ لِقَوْلِهِ لَا تُرْضِعُ لَكُمْ الْحَمْقَاءُ
فإن اللَّبَنَ يُفْسِدُ وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ منه غَيْرُ الْأُمِّ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ أَبْلَغُ من الرَّضَاعِ نهى وَعَلَّلَ بِالْإِفْسَادِ لِأَنَّ حُمْقَهَا لِمَرَضٍ بها عَادَةً وَلَبَنُ الْمَرِيضَةِ يَضُرُّ بِالصَّبِيِّ وَيُحْتَمَلُ أَنَّ النَّهْيَ عن ذلك لِئَلَّا يَتَعَوَّدَ الصَّبِيُّ بِعَادَةِ الْحَمْقَى لِأَنَّ الصَّبِيَّ يَتَعَوَّدُ بِعَادَةِ ظِئْرِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَقْدِ وَمَكَانِهِ فما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَأَمَّا شَرْطُ النَّفَاذِ فَأَنْوَاعٌ منها خُلُوُّ الْعَاقِدِ عن الرِّدَّةِ إذَا كان ذَكَرًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ليس بِشَرْطٍ بِنَاءً على أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا نَافِذَةٌ وَتَصَرُّفَاتُ الْمُرْتَدَّةِ نَافِذَةٌ

في قَوْلِهِمْ جميعا وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ السِّيَرِ
وَمِنْهَا الْمِلْكُ وَالْوِلَايَةُ فَلَا تَنْفُذُ إجَارَةُ الْفُضُولِيِّ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَالْوِلَايَةِ لَكِنَّهُ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْمَالِكِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ كَالْبَيْعِ وَالْمَسْأَلَةُ ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ ثُمَّ الْإِجَازَةُ إنَّمَا تَلْحَقُ الْإِجَارَةَ الْمَوْقُوفَةَ بِشَرَائِطَ ذَكَرْنَاهَا في الْبُيُوعِ منها قِيَامُ الْمَعْقُودِ عليه
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا أَجَرَ الْفُضُولِيُّ فَأَجَازَ الْمَالِكُ الْعَقْدَ أَنَّهُ لو أَجَازَ قبل اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ جَازَتْ وَكَانَتْ الْأُجْرَةُ لِلْمَالِكِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه ما فَاتَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو عَقَدَ عليه ابْتِدَاءً بِأَمْرِهِ جَازَ فإذا كان مَحَلًّا لِإِنْشَاءِ الْعَقْدِ عليه كان مَحَلًّا لِلْإِجَازَةِ إذْ الْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ وَإِنْ أَجَازَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ لم تَجُزْ إجَازَتُهُ وَكَانَتْ الْأُجْرَةُ لِلْعَاقِدِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَعْقُودَ عليه (((عليها))) قد انْعَدَمَتْ أَلَا تَرَى أنها قد خَرَجَتْ عن احْتِمَالِ إنْشَاءِ الْعَقْدِ عليها فَلَا تَلْحَقُهَا الْإِجَازَةُ وقد قالوا فِيمَنْ غضب (((غصب))) عَبْدًا فَأَجَّرَهُ سَنَةً لِلْخِدْمَةِ وفي رَجُلٍ آخَرَ غضب (((غصب))) غُلَامًا أو دَارًا فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ رَجُلٌ أَنَّهُ له فقال الْمَالِكُ قد أَجَزْت ما أَجَرْت أن مُدَّةَ الْإِجَارَةِ إنْ كانت قد انْقَضَتْ فَلِلْغَاصِبِ الْأَجْرُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه قد انْعَدَمَ وَالْإِجَازَةُ لَا تَلْحَقُ الْمَعْدُومَ وَإِنْ كان في بَعْضِ الْمُدَّةِ فَالْأَجْرُ الْمَاضِي وَالْبَاقِي لِرَبِّ الْغُلَامِ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ
وقال مُحَمَّدٌ أَجْرُ ما مَضَى لِلْغَاصِبِ وَأَجْرُ ما بَقِيَ لِلْمَالِكِ فَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إلَى الْمُدَّةِ فقال إذَا بَقِيَ بَعْضُ الْمُدَّةِ لم يَبْطُلْ الْعَقْدُ فَبَقِيَ مَحَلًّا لِلْإِجَازَةِ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَ إلَى الْمَعْقُودِ عليه فقال كُلُّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْمَنْفَعَةِ معقود (((معقودا))) عليه بِحِيَالِهِ كَأَنَّهُ عَقَدَ عليه عقد (((عقدا))) مُبْتَدَأً بِالْمَنَافِعِ في الزَّمَانِ الْمَاضِي وَانْعَدَمَتْ فالعدم (((فانعدم))) شَرْطُ لُحُوقِ الْإِجَازَةِ للعقد (((العقد))) فَلَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَهُ أبو يُوسُفَ
وقد قال مُحَمَّدٌ فِيمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَأَجَّرَهَا لِلزِّرَاعَةِ فَأَجَازَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْإِجَارَةَ أن أُجْرَةَ ما مَضَى لِلْغَاصِبِ وَأُجْرَةَ ما بَقِيَ لِلْمَالِكِ وهو على ما ذَكَرْنَا من الِاخْتِلَافِ قال فَإِنْ أَعْطَاهَا مُزَارَعَةً فَأَجَازَهَا صَاحِبُ الْأَرْضِ جَازَتْ وَإِنْ كان الزَّرْعُ قد سَنْبَلَ ما لم يَسْمُنْ وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ من الزَّرْعِ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ بِمَنْزِلَةِ شَيْءٍ وَاحِدٍ لَا يُفْرَدُ بَعْضُهَا من بَعْضٍ فَكَانَ إجَازَةُ الْعَقْدِ قبل الِاسْتِيفَاءِ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ
وَأَمَّا إذَا سَمُنَ الزَّرْعُ فَقَدْ انْقَضَى عَمَلُ الْمُزَارَعَةِ فَلَا يَلْحَقُ الْعَقْدُ الْإِجَازَةَ وَأَمَّا الِاسْتِئْجَارُ من الْفُضُولِيِّ فَهُوَ كَشِرَائِهِ فإنه أَضَافَ الْعَقْدَ إلَى نَفْسِهِ كان الْمُسْتَأْجَرُ له لِأَنَّ الْعَقْدَ وَجَدَ نَفَاذًا على الْعَاقِدِ فَيَنْفُذُ عليه وَإِنْ أَضَافَ الْعَقْدَ إلَى من اسْتَأْجَرَ له يُنْظَرُ إنْ وَقَعَتْ الْإِضَافَةُ إلَيْهِ في الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ جميعا يَتَوَقَّفُ على إجَازَتِهِ وَإِنْ وَقَعَتْ الْإِضَافَةُ إلَيْهِ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لَا يَتَوَقَّفُ بَلْ يَنْفُذُ على الْعَاقِدِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْبُيُوعِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالِاسْتِئْجَارِ أَنَّهُ يَقَعُ اسْتِئْجَارُهُ لِلْمُوَكِّلِ وَإِنْ أَضَافَ الْعَقْدَ إلَى نَفْسِهِ وَالْفَرْقُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَعَلَى هذا تُخَرَّجُ إجَارَةُ الْوَكِيلِ أنها نَافِذَةٌ لِوُجُودِ الْوِلَايَةِ بِإِنَابَةِ الْمَالِكِ إيَّاهُ مَنَابَ نَفْسِهِ فَيَنْفُذُ كما لو فَعَلَهُ الْمُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ من ابْنِ الْمُوَكِّلِ وَأَبِيهِ لِأَنَّ الموكل (((للموكل))) ذلك لِاخْتِلَافِ مِلْكَيْهِمَا كَذَا الوكيل (((للوكيل))) وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ من مُكَاتَبِهِ لِأَنَّ المولى (((للمولى))) أَنْ يُؤَاجِرَ منه لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ما في يَدِهِ فَكَذَا لِوَكِيلِهِ
وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ فَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا يَمْلِكُ أَنْ يُؤَاجِرَ منه لِأَنَّ الْمَوْلَى

لَا يَجُوزُ له ذلك لِأَنَّ كَسْبَهُ مِلْكُهُ فَكَذَا الْوَكِيلُ وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَلَهُ ذلك أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ ما في يَدِهِ وكان بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ فَيَجُوزُ لِوَكِيلِهِ أَنْ يُؤَاجِرَ منه

وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَكَسْبُهُ وَإِنْ كان مِلْكَ الْمَوْلَى لَكِنْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ فَجُعِلَ الْمَالِكُ كَالْأَجْنَبِيِّ وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يُؤَاجِرَ من أبيه وَابْنِهِ وَكُلِّ من لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ له في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تَجُوزُ بِأَجْرِ مِثْلِهِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وهو من مَسَائِلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ بِمِثْلِ أَجْرِ الدَّارِ وَبِأَقَلَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا ليس له أَنْ يُؤَاجِرَ بِالْأَقَلِّ وهو على الِاخْتِلَافِ في الْبَيْعِ

وَلَوْ آجَرَ إجَارَةً فَاسِدَةً نفذت (((نفذت))) وَلِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَتَنَاوَلُ الصَّحِيحَ وَالْفَاسِدَ كما في الْبَيْعِ وَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّهُ لم يَصِرْ مُخَالِفًا وَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ الْمِثْلِ إذَا انْتَفَعَ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ

وَلَوْ لم يُؤَاجِرْ الْمُوَكِّلُ الدَّارَ لَكِنَّهُ وَهَبَهَا من رَجُلٍ أو أَعَارَهَا إيَّاهُ فَسَكَنَهَا سِنِينَ ثُمَّ جاء صَاحِبُهَا فَلَا أَجْرَ له على الْوَكِيلِ وَلَا على السَّاكِنِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا لَا تُضْمَنُ إلَّا بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ أو الْفَاسِدِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا

وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ من الْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَالْقَاضِي وَأَمِينِهِ نَافِذَةٌ لِوُجُودِ الْإِنَابَةِ من الشَّرْعِ فَلِلْأَبِ أَنْ يُؤَاجِرَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ في عَمَلٍ من الْأَعْمَالِ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ على الصَّغِيرِ كَوِلَايَتِهِ على نَفْسِهِ لِأَنَّ شَفَقَتَهُ عليه كَشَفَقَتِهِ على نَفْسِهِ وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ

(4/177)

فَكَذَا ابْنُهُ وَلِأَنَّ فيها نَظَرًا لِلصَّغِيرِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَنَافِعَ في الْأَصْلِ لَيْسَتْ بِمَالٍ خُصُوصًا مَنَافِعُ الْحُرِّ وَبِالْإِجَارَةِ تَصِيرُ مَالًا وَجَعْلُ ما ليس بِمَالٍ مَالًا من بَابِ النَّظَرِ

وَالثَّانِي أَنَّ إجَارَةُ في الصَّنَائِعِ من بَابِ التَّهْذِيبِ وَالتَّأْدِيبِ وَالرِّيَاضَةِ وَفِيهِ نَظَرٌ لِلصَّبِيِّ فَيَمْلِكُهُ الْأَبُ وَكَذَا وَصِيُّ الْأَبِ لِأَنَّهُ مَرْضِيُّ الْأَبِ وَالْجَدُّ أب (((أبو))) الْأَبِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ وَوَصِيُّهُ لِأَنَّهُ مَرْضِيُّهُ وَالْقَاضِي لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا وَأَمِينُهُ لِأَنَّهُ مَرْضِيُّهُ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ غَيْرِ الْأَبِ وَوَصِيِّهِ وَالْجَدِّ وَوَصِيِّهِ من سَائِرِ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ إذَا كان له أَحَدٌ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِأَنَّ من سِوَاهُمْ لَا وِلَايَةَ له على الصَّغِيرِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مَالِهِ فَفِي نَفْسِهِ أَوْلَى إلَّا إذَا كان في حِجْرِهِ فَتَجُوزُ إجَارَتُهُ إيَّاهُ في قَوْلِهِمْ لِأَنَّهُ إذَا كان في حِجْرِهِ كان له عليه ضَرْبٌ من الْوِلَايَةِ لِأَنَّهُ يُرَبِّيهِ وَيُؤَدِّبُهُ وَاسْتِعْمَالُهُ في الصَّنَائِعِ نَوْعٌ من التَّأْدِيبِ فَيَمْلِكُهُ من حَيْثُ أنه تَأْدِيبٌ فَإِنْ كان في حِجْرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه فَأَجَرَهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ آخَرَ هو أَقْرَبُ إلَيْهِ من الذي هو في حِجْرِهِ بِأَنْ كان الصَّبِيُّ في حِجْرِ عَمِّهِ وَلَهُ أُمٌّ فَأَجَّرَتْهُ قال أبو يُوسُفَ تَجُوزُ إجَارَتُهَا إيَّاهُ وقال مُحَمَّدٌ لَا تَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَؤُلَاءِ لَا وِلَايَةَ لهم على الصَّبِيِّ أَصْلًا وَمَقْصُودًا وَإِنَّمَا يَمْلِكُونَ الْإِجَارَةَ ضِمْنًا لِوِلَايَةِ التَّرْبِيَةِ وَأَنَّهَا تَثْبُتُ لِمَنْ كان في حِجْرِهِ فإذا لم يَكُنْ في حِجْرِهِ كان بِمَنْزِلَةِ الْأَجَانِبِ

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَن ذَا الرَّحِمِ إنَّمَا يَلِي عليه هذا النَّوْعَ من الْوِلَايَةِ بِسَبَبِ الرَّحِمِ فَمَنْ كان أَقْرَبَ إلَيْهِ في الرَّحِمِ كان أَوْلَى كَالْأَبِ مع الْجَدِّ والذي (((وللذي

)) في حِجْرِهِ أَنْ يَقْبِضَ الْأُجْرَةَ لِأَنَّ قَبْضَ الْأُجْرَةِ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وهو الْعَاقِدُ فَكَانَ وِلَايَةُ الْقَبْضِ له وَلَيْسَ له أَنْ يُنْفِقَهَا عليه لِأَنَّ الْأُجْرَةَ مَالُهُ وَالْإِنْفَاقُ عليه تَصَرُّفٌ في مَالِهِ وَلَيْسَ له وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في الْمَالِ وَكَذَا إذَا وُهِبَ له هِبَةٌ فَلَهُ أَنْ يَقْبِضَهَا وَلَيْسَ له أَنْ يُنْفِقَهَا لِأَنَّ قَبْضَ الْهِبَةِ مَنْفَعَةٌ مَحْضٌ لِلصَّغِيرِ

أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّغِيرَ يَمْلِكُ قَبْضَهَا بِنَفْسِهِ وَأَمَّا الْإِنْفَاقُ فَهُوَ من بَابِ الْوِلَايَةِ فَلَا يَمْلِكُهُ من لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مَالِهِ وَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ في هذا كُلِّهِ قبل انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَمْضَى الْإِجَارَةَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ لِأَنَّ في اسْتِيفَاءِ الْعَقْدِ إضْرَارًا بِهِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ تَلْحَقُهُ الْأَنَفَةُ من خِدْمَةِ الناس وَإِلَى هذا أَشَارَ أبو حَنِيفَةَ فقال أَرَأَيْت لو تَفَقَّهَ فَوَلِيَ الْقَضَاءَ أَكُنْت أَتْرُكُهُ يَخْدُمُ الناس وقد أَجَرَهُ أَبُوهُ هذا قَبِيحٌ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ على حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنَافِعِ فإذا بَلَغَ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْأَبَ عَقَدَ ما يَحْدُثُ من الْمَنَافِعِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ابْتِدَاءً فَكَانَ له خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْإِجَارَةِ كما إذَا عَقَدَ ابْتِدَاءً بَعْدَ الْبُلُوغِ وَكَذَا الْأَبُ وَالْجَدُّ وَوَصِيُّهُمَا وَالْقَاضِي وَوَصِيُّهُ في إجَارَةِ عبد الصَّغِيرِ وَعَقَارِهِ لِأَنَّ لهم وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ في مَالِهِ بِالْبَيْعِ كَذَا بِالْإِجَارَةِ

وَلَوْ بَلَغَ قبل انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ فَلَا خِيَارَ له بِخِلَافِ إجَارَةِ النَّفْسِ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ وَلَيْسَ لِلْأَبِ وَمَنْ يَمْلِكُ إجَارَةَ مَالِ الصَّبِيِّ وَنَفْسِهِ وَمَالِهِ أَنْ يُؤْجِرَهُ بِأَقَلَّ من أَجْرِ الْمِثْلِ قَدْرَ ما لَا يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ عَادَةً وَلَوْ فَعَلَ لَا يَنْفُذُ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ في حَقِّهِ وَهَذِهِ وِلَايَةُ نَظَرٍ فَلَا تَثْبُتُ مع الضَّرَرِ وَلَيْسَ لِغَيْرِ هَؤُلَاءِ مِمَّنْ هو في حِجْرِهِ أَنْ يُؤَاجِرَ عَبْدَهُ أو دَارِهِ لِأَنَّ ذلك تَصَرُّفٌ في الْمَالِ فَلَا يَمْلِكُهُ إلَّا من يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في الْمَالِ كَبَيْعِ الْمَالِ

وقال ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ استحسن أَنْ يُؤَاجِرُوا عَبْدَهُ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ إجَارَةَ نَفْسِهِ فَإِجَارَةُ مَالِهِ أَوْلَى وَكَذَا استحسن أَنْ يُنْفِقُوا عليه ما لَا بُدَّ منه لِأَنَّ في تَأْخِيرِ ذلك ضَرَرًا عليه

وَكَذَلِكَ أَحَدُ الْوَصِيَّيْنِ يَمْلِكُ أَنْ يُؤَاجِرَ الْيَتِيمَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَلَا يُؤَاجِرُ عَبْدَهُ

وقال مُحَمَّدٌ يُؤَاجِرُ عَبْدَهُ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْوَصِيَّيْنِ التَّصَرُّفَ فِيمَا يُخَافُ الضَّرَرُ بِتَأْخِيرِهِ وفي تَرْكِ إجَارَةِ الصَّبِيِّ ضَرَرٌ منه بِتَرْكِ تَأْدِيبِهِ وَلَا ضَرَرَ في تَرْكِ إجَارَةِ الْعَبْدِ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الْوَصِيِّ نَفْسَهُ منه لِلصَّبِيِّ وَهَذَا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ لَا يُشْكِلُ لِأَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ مَالِهِ من الصَّبِيِّ أَصْلًا فَلَا يَمْلِكُ إجَارَةَ نَفْسِهِ أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَيُحْتَاجُ إلَى الْفَرْقِ بين الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ حَيْثُ يَمْلِكُ الْبَيْعَ وَلَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّهُ إنَّمَا يَمْلِكُ بَيْعَ مَالِهِ منه إذَا كان فيه نَظَرٌ لِلصَّغِيرِ وَلَا نَظَرَ لِلصَّغِيرِ في إجَارَةِ نَفْسِهِ منه لِأَنَّ فيها جَعْلَ ما ليس بِمَالٍ مَالًا فلم يَجُزْ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَعْمَلَ في مَالِ الصَّبِيِّ مُضَارَبَةً وَالْفَرْقُ بين الْإِجَارَةِ وَالْمُضَارَبَةِ أَنَّ الْوَصِيَّ بِعَقْدِ الْمُضَارَبَةِ لَا يُوجِبُ حَقًّا في مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَإِنَّمَا يُوجِبُ حَقًّا في الرِّبْحِ وأنه قد يَكُونُ وقد لَا يَكُونُ فَلَا يَلْحَقُهُ تُهْمَةٌ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تُوجِبُ حَقًّا في مَالِ الصَّبِيِّ لَا مَحَالَةَ وهو مُتَّهَمٌ فيه لِمَا بَيَّنَّا

وَأَمَّا اسْتِئْجَارُ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ

يَجُوزَ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إذَا كان بِأُجْرَةٍ لَا يُتَغَابَنُ في مِثْلِهَا لِأَنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَ مَالِهِ من نَفْسه إذَا كان فيه نَظَرٌ له وفي اسْتِئْجَارِهِ إيَّاهُ لِنَفْسِهِ نظرا
(((نظر))) له لِمَا فيه من جَعْلِ ما ليس بِمَالٍ مَالًا وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ لِلصَّغِيرِ أو يَسْتَأْجِرَ الصَّغِيرَ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ بَيْعَ مَالِ الْأَبِ من الصَّغِيرِ وَشِرَاءَ مَالِهِ لِنَفْسِهِ لَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ النَّظَرِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو بَاعَ مَالَهُ منه بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أو اشْتَرَى مَالَ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ يَجُوزُ فَكَذَا الْإِجَارَةُ
وَمِنْهَا تَسْلِيمُ الْمُسْتَأْجِرِ في إجَارَةِ الْمَنَازِلِ وَنَحْوِهَا إذَا كان الْعَقْدُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ التَّعْجِيلِ بِأَنْ لم يشرط (((يشترط))) تَعْجِيلَ الْأُجْرَةِ في الْعَقْدِ ولم يُوجَدْ التَّعْجِيلُ أَيْضًا من غَيْرِ شَرْطٍ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ بِنَاءً على أَنَّ الْحُكْمَ في الْإِجَارَةِ الْمُطْلَقَةِ لَا يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْعَقْدَ في حَقِّ الْحُكْمِ يَنْعَقِدُ على حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ فَكَانَ الْعَقْدُ في حَقِّ الْحُكْمِ مُضَافًا إلَى حِينِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ فَيَثْبُتُ حُكْمُهُ عِنْدَ ذلك وَعِنْدَهُ تُجْعَلُ مَنَافِعُ الْمُدَّةِ مَوْجُودَةً في الْحَالِ تَقْدِيرًا كَأَنَّهَا عَيْنٌ قَائِمَةٌ فَيَثْبُتُ الْحُكْمُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وَهَذَا أَصْلٌ نَذْكُرُهُ في بَيَانِ حُكْمِ الْإِجَارَةِ وَكَيْفِيَّةِ انْعِقَادِهَا في حَقِّ الْحُكْمِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَنَعْنِي بِالتَّسْلِيمِ التَّخْلِيَةَ وَالتَّمْكِينَ من الِانْتِفَاعِ بِرَفْعِ الْمَوَانِعِ في إجَارَةِ الْمَنَازِلِ وَنَحْوِهَا وَعَبِيدِ الْخِدْمَةِ وَأَجِيرِ الواحد (((الوحد))) حتى لو انْقَضَتْ الْمُدَّةُ من غَيْرِ تَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ على التَّفْسِيرِ الذي ذَكَرْنَا لَا يَسْتَحِقُّ شيئا من الْأَجْرِ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لم يَمْلِكْ من الْمَعْقُودِ عليه شيئا فَلَا يَمْلِكُ هو أَيْضًا شيئا من الْأَجْرِ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ
وَلَوْ مَضَى بَعْدَ الْعَقْدِ مُدَّةٌ ثُمَّ سَلَّمَ فَلَا أَجْرَ له فِيمَا مَضَى لِعَدَمِ التَّسْلِيمِ فيه وَلَوْ أَجَرَ الْمَنْزِلَ فَارِغًا وسلم الْمِفْتَاحَ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ فلم يُفْتَحْ الْبَابُ حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ لَزِمَهُ كُلُّ الْأَجْرِ لِوُجُودِ التَّسْلِيمِ وهو التَّمْكِينُ من الِانْتِفَاعِ بِرَفْعِ الْمَوَانِعِ في جَمِيعِ الْمُدَّةِ فَحَدَثَتْ الْمَنَافِعُ في مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ فَهَلَكَتْ على مِلْكِهِ فَلَا يَسْقُطُ عنه الْأَجْرُ كَالْبَائِعِ إذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ إلَى الْمُشْتَرِي بِالتَّخْلِيَةِ فَهَلَكَ في يَدِ الْبَائِعِ كان الْهَلَاكُ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ هَلَكَ على مِلْكِهِ كَذَا هذا وَإِنْ لم يُسَلِّمْ الْمِفْتَاحَ إلَيْهِ لَكِنَّهُ أَذِنَ له بِفَتْحِ الْبَابِ فقال مُرَّ وَافْتَحْ الْبَابَ فَإِنْ كان يَقْدِرُ على فَتْحِ الْبَابِ بِالْمُعَالَجَةِ لَزِمَهُ الْكِرَاءُ لِوُجُودِ التَّسْلِيمِ وَإِنْ لم يَقْدِرْ لَا يَلْزَمْهُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لم يُوجَدْ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا شَهْرًا أو عَبْدًا يَسْتَخْدِمُهُ شَهْرًا أو دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا إلَى الْكُوفَةِ فَسَكَنَ وَاسْتَخْدَمَ في بَعْضِ الْوَقْتِ وَرَكِبَ في بَعْضِ الْمَسَافَةِ ثُمَّ حَدَثَ بها مَانِعٌ يَمْنَعُ من الِانْتِفَاعِ من غَرَقٍ أو مَرَضٍ أو إبَاقٍ أو غَصْبٍ أو كان زَرْعًا فَقَطَعَ شُرْبَهُ أو رَحًى فَانْقَطَعَ مَاؤُهُ لَا تَلْزَمُهُ أُجْرَةُ تِلْكَ الْمُدَّةِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه الْمَنْفَعَةُ في تِلْكَ الْمُدَّةِ لِأَنَّهَا تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا فَلَا تَصِيرُ مَنَافِعُ الْمُدَّةِ مُسَلَّمَةً بِتَسْلِيمِ مَحَلِّ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ وَالْمَعْدُومُ لَا يَحْتَمِلُ التَّسْلِيمَ وَإِنَّمَا يُسَلِّمُهَا على حَسَبِ وُجُودِهَا شيئا فَشَيْئًا فإذا اعْتَرَضَ مَنْعٌ فَقَدْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عليه قبل الْقَبْضِ فَلَا يَجِبُ الْبَدَلُ كما لو تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ بِالْهَلَاكِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنْ كان فيه خِيَارٌ لَا يَنْفُذُ في مُدَّةِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ ما دَامَ الْخِيَارُ قَائِمًا لِحَاجَةِ من له الْخِيَارُ إلَى دَفْعِ الْعَيْنِ عن نَفْسِهِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وَهَذَا لِأَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ وَإِنْ كان شَرْطًا مُخَالِفًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ
وَالْقِيَاسُ يَأْبَاهُ لِمَا مَرَّ لَكِنْ تَرَكْنَا اعْتِبَارَ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس وَلِهَذَا جَازَ في بَيْعِ الْعَيْنِ كَذَا في الْإِجَارَةِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا شَرْطُ الصِّحَّةِ فَلِصِحَّةِ هذا الْعَقْدِ شَرَائِطُ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَعْقُودِ عليه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى مَحَلِّ الْمَعْقُودِ عليه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى ما يُقَابِلُ الْمَعْقُودَ عليه وهو الْأُجْرَةُ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَقْدِ أَعْنِي الرُّكْنَ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ فَرِضَا الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِقَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } وَالْإِجَارَةُ تِجَارَةٌ لِأَنَّ التِّجَارَةَ تَبَادُلُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالْإِجَارَةُ كَذَلِكَ وَلِهَذَا يَمْلِكُهَا الْمَأْذُونُ وأنه لَا يَمْلِكُ ما ليس بِتِجَارَةٍ فَثَبَتَ أَنَّ الْإِجَارَةَ تِجَارَةٌ فَدَخَلَتْ تَحْتَ النَّصِّ وقال النبي لَا يَحِلُّ مَالُ امرىء مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبَةٍ من نَفْسِهِ فَلَا يَصِحُّ مع الْكَرَاهَةِ وَالْهَزْلِ وَالْخَطَأِ لِأَنَّ هذه الْعَوَارِضَ تُنَافِي الرِّضَا فَتَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِجَارَةِ وَلِهَذَا مَنَعَتْ صِحَّةَ الْبَيْعِ
وَأَمَّا إسْلَامُ الْعَاقِدِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ فَيَصِحُّ من الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ وَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ كما يَصِحُّ الْبَيْعُ منهم وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ فَيَصِحُّ من الْمَمْلُوكِ الْمَأْذُونِ وَيَنْفُذُ من الْمَحْجُورِ وَيَنْعَقِدُ وَيَتَوَقَّفُ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَعْقُودِ عليه فَضُرُوبٌ منها أَنْ يَكُونَ الْمَعْقُودُ عليه وهو الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومًا عِلْمًا يَمْنَعُ من الْمُنَازَعَةِ فَإِنْ

كان مَجْهُولًا يُنْظَرُ إنْ كانت تِلْكَ الْجَهَالَةُ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّ الْجَهَالَةَ الْمُفْضِيَةَ إلَى الْمُنَازَعَةِ تَمْنَعُ من التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ من الْعَقْدِ فَكَانَ الْعَقْدُ عَبَثًا لِخُلُوِّهِ عن الْعَاقِبَةِ الْحَمِيدَةِ وإذا لم تَكُنْ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ يُوجَدُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ فَيَحْصُلُ الْمَقْصُودُ ثُمَّ الْعِلْمُ بِالْمَعْقُودِ عليه وهو الْمَنْفَعَةُ يَكُونُ بِبَيَانِ أَشْيَاءَ
ومنها بَيَانُ مَحَلِّ الْمَنْفَعَةِ حتى لو قال أَجَرْتُك إحْدَى هَاتَيْنِ الدَّارَيْنِ أو أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ أو قال اسْتَأْجَرْت أَحَدَ هَذَيْنِ الصَّانِعَيْنِ لم يَصِحَّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ لِجَهَالَةِ مَحَلِّهِ جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَتَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ
وَعَلَى هذا قال أبو حَنِيفَةَ إذَا بَاعَ نَصِيبًا له من دَارٍ غَيْرِ مُسَمًّى وَلَا يَعْرِفُهُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِجَهَالَةِ النَّصِيبِ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ إذَا عَلِمَ بِهِ بَعْدَ ذلك وَإِنْ كان عَرَفَهُ الْمُشْتَرِي وَقْتَ الْعَقْدِ أو عَرَفَهُ في الْمَجْلِسِ جَازَ سَوَاءٌ كان الْبَائِعُ يَعْرِفُهُ أو لَا يَعْرِفُهُ بَعْدَ أَنْ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي فِيمَا قال وَجَوَابُ أبي حَنِيفَةَ مَبْنِيٌّ على أَصْلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ بَيْعَ النَّصِيبِ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ جَائِزٌ
وَالثَّانِي أَنَّ إجَارَةَ الْمَشَاعِ غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَهُ وَإِنْ كان الْمُسْتَأْجَرُ مَعْلُومًا من نِصْفٍ أو ثُلُثٍ أو غَيْرِ ذلك فَالْمَجْهُولُ أَوْلَى وَعِنْدَهُمَا إجَارَةُ الْمَشَاعِ جَائِزَةٌ وَإِنَّمَا فَرَّقَ مُحَمَّدٌ بين الْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ حَيْثُ جَوَّزَ إجَارَةَ النَّصِيبِ ولم يُجَوِّزْ بَيْعَ النَّصِيبِ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ لَا تَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَإِنَّمَا تَجِبُ عِنْدَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه وهو الْمَنْفَعَةُ وَالنَّصِيبُ عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ مَعْلُومٌ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن الْبَدَلَ فيه يَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَعِنْدَ الْعَقْدِ النَّصِيبُ مَجْهُولٌ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ ما إذَا اسْتَأْجَرَ من عَقَارٍ مِائَةَ ذِرَاعٍ أو اسْتَأْجَرَ

من أَرْضٍ جَرِيبًا أو جَرِيبَيْنِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ كما لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّ اسْمَ الذِّرَاعِ عِنْدَهُ يَقَعُ على الْقَدْرِ الذي يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ من الْبُقْعَةِ الْمُعَيَّنَةِ وَذَلِكَ لِلْحَالِ مَجْهُولٌ وَكَذَا إجَارَةُ الْمَشَاعِ لَا تَجُوزُ عِنْدَهُ وَإِنْ كان مَعْلُومًا فَالْمَجْهُولُ أَوْلَى وَعِنْدَهُمَا الذارع (((الذراع))) كَالسَّهْمِ وَتَجُوزُ إجَارَةُ السَّهْمِ كَذَا إجَارَةُ الذِّرَاعِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ

وَعَلَى هذا تُخَرَّجُ إجَارَةُ الْمَشَاعِ من غَيْرِ الشَّرِيكِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ أنها لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ لِجَهَالَةِ مَحَلِّهِ إذْ الشَّائِعُ اسْمٌ لِجُزْءٍ من الْجُمْلَةِ غَيْرُ عَيْنٍ من الثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَنَحْوِهِمَا وَإِنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَأَشْبَهَ إجَارَةَ عَبْدٍ من عَبْدَيْنِ وَعِنْدَهُمَا جَائِزٌ كَبَيْعِ الشَّائِعِ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ وَتُخَرَّجُ الْمَسْأَلَةُ على أَصْلٍ آخَرَ هو أَوْلَى بِالتَّخْرِيجِ عليه وَنَذْكُرُ الدَّلَائِلَ هُنَاكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ طَرِيقًا من دَارٍ لِيَمُرَّ فيها وَقْتًا مَعْلُومًا لم يَجُزْ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْبُقْعَةَ الْمُسْتَأْجَرَةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ من بَقِيَّةِ الدَّارِ فَكَانَ إجَارَةَ الْمَشَاعِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ ظَهْرَ بَيْتٍ لِيَبِيتَ عليه شَهْرًا أو لِيَضَعَ مَتَاعَهُ عليه اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه لِاخْتِلَافِ فسخ (((نسخ))) الْأَصْلِ ذَكَرَ في بَعْضِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ يَجُوزُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَعْلُومٌ

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا اسْتَأْجَرَ عُلُوَّ مَنْزِلٍ لِيَبْنِيَ عليه (((عليها))) لَا يَجُوزُ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْبِنَاءَ عليه يَخْتَلِفُ في الْخِفَّةِ وَالثِّقَلِ وَالثَّقِيلُ منه يَضُرُّ بِالْعُلُوِّ وَالضَّرَرُ لَا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَا يَرْضَى بِهِ فَكَانَ مُسْتَثْنًى من الْعَقْدِ دَلَالَةً وَلَا ضباط (((ضابط))) له فَصَارَ مَحَلُّ الْمَعْقُودِ عليه مَجْهُولًا بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ عليها أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَا تَتَأَثَّرُ لِثِقَلِ الْبِنَاءِ وَخِفَّتِهِ وَيَجُوزُ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْبِنَاءَ الْمَذْكُورَ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَالْجَوَابُ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ ليس لِذَلِكَ حَدٌّ مَعْلُومٌ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ شِرْبًا من نَهْرٍ أو مَسِيلِ مَاءٍ في أَرْضٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ قَدْرَ ما يَشْغَلُ الْمَاءُ من النَّهْرِ وَالْأَرْضِ غَيْرُ مَعْلُومٍ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ نَهْرًا لِيَسُوقَ منه الْمَاءَ إلَى أَرْضٍ له فَيَسْقِيهَا لم يَجُزْ وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا اسْتَأْجَرَ نَهْرًا يَابِسًا يُجْرِي فيه الْمَاءَ إلَى أَرْضِهِ أو رَحًى لَا يَجُوزُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وقال أَرَأَيْت لو اسْتَأْجَرَ مِيزَابًا لِيَسِيلَ فيه مَاءُ الْمَطَرِ على سَطْحِ الْمُؤَاجِرِ أَلَمْ يَكُنْ هذا فَاسِدًا

وَذَكَرَ هِشَامٌ عن مُحَمَّدٍ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ مَوْضِعًا مَعْلُومًا من أَرْضٍ مُؤَقَّتًا بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ يُسِيلُ فيه مَاءَهُ أَنَّهُ يَجُوزُ فَصَارَ عن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَانِعَ جَهَالَةُ الْبُقْعَةِ وقد زَالَتْ الْجَهَالَةُ بِالتَّعْيِينِ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مِقْدَارَ ما يَسِيلُ من الْمَاءِ في النَّهْرِ وَالْمَسِيلِ مُخْتَلِفٌ وَالْكَثِيرُ منه مُضِرٌّ بِالنَّهْرِ وَالسَّطْحِ وَالْمُضِرُّ منه مُسْتَثْنًى من الْعَقْدِ دَلَالَةً وَغَيْرُ الْمُضِرِّ غَيْرُ مَضْبُوطٍ فَصَارَ مَحَلُّ الْمَعْقُودِ عليه مَجْهُولًا وَلَوْ اسْتَأْجَرَ مِيزَابًا لِيُرَكِّبَهُ في دَارِهِ كُلَّ شَهْرٍ بِشَيْءٍ مُسَمًّى جَازَ لِأَنَّ الْمِيزَابَ الْمُرَكَّبَ في دَارِهِ لَا تَخْتَلِفُ مَنْفَعَتُهُ بِكَثْرَةِ ما يَسِيلُ فيه وَقِلَّتِهِ

فَكَانَ مَحَلُّ الْمَعْقُودِ عليه مَعْلُومًا
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ بَالُوعَةً لِيَصُبَّ فيها وضوأ (((وضوءا))) لم يَجُزْ لِأَنَّ مِقْدَارَ ما يُصَبُّ فيها من الْمَاءِ مَجْهُولٌ وَالضَّرَرُ يَخْتَلِفُ فيه بِقِلَّتِهِ وَكَثْرَتِهِ فَكَانَ مَحَلُّ الْمَعْقُودِ عليه مَجْهُولًا وعلى (((وعلى))) هذا يُخَرَّجُ أَيْضًا ما إذَا اسْتَأْجَرَ حَائِطًا لِيَضَعَ عليه جُذُوعًا أو يَبْنِيَ عليه سُتْرَةً أو يَضَعَ فيه مِيزَابًا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ وَضْعَ الْجِذْعِ وَبِنَاءَ السُّتْرَةِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثِّقَلِ وَالْخِفَّةِ وَالثَّقِيلُ منه يَضُرُّ بِالْحَائِطِ وَالضَّرَرُ مُسْتَثْنًى من الْعَقْدِ دَلَالَةً وَلَيْسَ لِذَلِكَ الْمُضِرِّ حَدٌّ مَعْلُومٌ فَيَصِيرَ مَحَلُّ الْمَعْقُودِ عليه مَجْهُولًا
وَكَذَلِكَ لو اسْتَأْجَرَ من الْحَائِطِ مَوْضِعَ كُوَّةٍ لِيَدْخُلَ عليه الضَّوْءُ أو مَوْضِعًا من الْحَائِطِ لِيَتِدَ فيه وَتَدًا لم يَجُزْ لِمَا قُلْنَا
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ أَنَّهُ لو استأخر (((استأجر))) دَابَّةً بِغَيْرِ عَيْنِهَا يَجُوزُ وَإِنْ كان الْمَعْقُودُ عليه مَجْهُولًا لِجَهَالَةِ مَحَلِّهِ
فَالْجَوَابُ أَن هذه الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِحَاجَةِ الناس إلَى سُقُوطِ اعْتِبَارِهَا لِأَنَّ الْمُسَافِرَ لو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بِعَيْنِهَا فَرُبَّمَا تَمُوتُ الدَّابَّةُ في الطَّرِيقِ فبتطل (((فتبطل))) الْإِجَارَةُ بِمَوْتِهَا وَلَا يُمْكِنُهُ الْمُطَالَبَةُ بِدَابَّةٍ أُخْرَى فَيَبْقَى في الطَّرِيقِ فيقضي بِغَيْرِ حَمُولَةٍ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إلَى الْجَوَازِ وَإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ هذه الْجَهَالَةِ لِحَالَةِ الناس فَلَا تَكُونُ الْجَهَالَةُ مفيضة (((مفضية))) إلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الْمُدَّةِ وَقَدْرِ الْمَاءِ الذي يُسْتَعْمَلُ في الْحَمَّامِ
وقال هِشَامٌ سَأَلْت مُحَمَّدًا عن الإطلاء بِالنُّورَةِ بِأَنْ قال أُطْلِيك بِدَانِقٍ وَلَا يَعْلَمُ بِمَا يَطْلِيه من غِلَظِهِ وَنَحَافَتِهِ
قال هو جَائِزٌ لِأَنَّ مِقْدَارَ الْبَدَنِ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ وَالتَّفَاوُتُ فيه يَسِيرٌ لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلِأَنَّ الناس يَتَعَامَلُونَ ذلك من غَيْرِ نَكِيرٍ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ هذه الْجَهَالَةِ بِتَعَامُلِ الناس
وَمِنْهَا بَيَانُ الْمُدَّةِ في إجَارَةِ الدُّورِ وَالْمَنَازِلِ وَالْبُيُوتِ وَالْحَوَانِيتِ وفي اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه لَا يَصِيرُ معلوما (((معلوم))) الْقَدْرِ بِدُونِهِ فَتَرْكُ بَيَانِهِ يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَسَوَاءٌ قَصُرَتْ الْمُدَّةُ أو طَالَتْ من يَوْمٍ أو شَهْرٍ أو سَنَةٍ أو أَكْثَرَ من ذلك بَعْدَ أَنْ كانت مَعْلُومَةً وهو أَظْهَرُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ من سَنَةٍ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ من ثَلَاثِينَ سَنَةً وَالْقَوْلَانِ لَا مَعْنَى لَهُمَا لِأَنَّ الْمَانِعَ إنْ كان هو الْجَهَالَةَ فَلَا جَهَالَةَ وَإِنْ كان عَدَمَ الْحَاجَةِ فَالْحَاجَةُ قد تَدْعُو إلَى ذلك وَسَوَاءٌ عَيَّنَ الْيَوْمَ أو الشَّهْرَ أو السَّنَةَ أو لم يُعَيِّنْ وبنعين (((ويتعين))) الزَّمَانُ الذي يَعْقُبُ الْعَقْدَ لِثُبُوتِ حُكْمِهِ وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ ما لم يُعَيِّنْ الْوَقْتُ الذي يَلِي الْعَقْدَ نَصًّا
وَجْهُ قَوْلِهِ أن قَوْلَهُ يَوْمًا أو شَهْرًا أو سَنَةً مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ اسْمُ لِوَقْتٍ مُنَكَّرٍ جهالة (((وجهالة))) الْوَقْتِ تُوجِبُ جَهَالَةَ الْمَعْقُودِ عليه وَلَيْسَ في نَفْسِ الْعَقْدِ ما يُوجِبُ تَعْيِينَ بَعْضِ الْأَوْقَاتِ دُونَ بَعْضٍ فَيَبْقَى مَجْهُولًا فَلَا بُدَّ من التَّعْيِينِ وَلَنَا أن التَّعْيِينَ قد يَكُونُ نَصًّا وقد يَكُونُ دَلَالَةً وقد وُجِدَ هَهُنَا دَلَالَةُ التَّعْيِينِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِنْسَانَ إنَّمَا يَعْقِدُ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لِلْحَاجَةِ وَالْحَاجَةُ عَقِيبَ الْعَقْدِ قَائِمَةٌ
وَالثَّانِي أن الْعَاقِدَ يَقْصِدُ بِعَقْدِهِ الصِّحَّةَ وَلَا صِحَّةَ لِهَذَا الْعَقْدِ إلَّا بِالصَّرْفِ في الشَّهْرِ الذي يَعْقُبُ الْعَقْدَ فَيَتَعَيَّنُ بِخِلَافِ ما إذَا قال لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ شَهْرًا أو أَعْتَكِفَ شَهْرًا أَنَّ له أَنْ يَصُومَ وَيَعْتَكِفَ أَيَّ شَهْرٍ أَحَبَّ وَلَا يَتَعَيَّنُ الشَّهْرُ الذي يَلِي النَّذْرَ لِأَنَّ تَعَيُّنَ الْوَقْتِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ النَّذْرِ فَوَجَبَ الْمَنْذُورُ بِهِ في شَهْرٍ مُنَكَّرٍ فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ أَيَّ شَهْرٍ شَاءَ

وَلَوْ آجَرَ دَارِهِ شَهْرًا أو شُهُورًا مَعْلُومَةً فَإِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ في غُرَّةِ الشَّهْرِ يَقَعُ على الْأَهِلَّةِ بِلَا خِلَافٍ حتى لو نَقَصَ الشَّهْرُ يَوْمًا كان عليه كَمَالُ الْأُجْرَةِ لِأَنَّ الشَّهْرَ اسْمٌ لِلْهِلَالِ وَإِنْ وَقَعَ بَعْدَ ما مَضَى بَعْضُ الشَّهْرِ فَفِي إجَارَةِ الشَّهْرِ يَقَعُ على ثَلَاثِينَ يَوْمًا بِالْإِجْمَاعِ لِتَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الْأَهِلَّةِ فَتُعْتَبَرُ بِالْأَيَّامِ
وَأَمَّا في إجَارَةِ الشَّهْرِ فَفِيهَا رِوَايَتَانِ عن أبي حَنِيفَةَ وفي رِوَايَةِ اعْتَبَرَ الشُّهُورَ كُلَّهَا بِالْأَيَّامِ وفي رِوَايَةٍ اعْتَبَرَ تَكْمِيلَ هذا الشَّهْرِ بِالْأَيَّامِ من الشَّهْرِ الْأَخِيرِ وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ وَهَكَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ فقال إذَا اسْتَأْجَرَ سَنَةً أَوَّلُهَا هذا الْيَوْمُ وَهَذَا الْيَوْمُ لا ربعة عَشَرَ من الشَّهْرِ فإنه يَسْكُنُ بَقِيَّةَ هذا الشَّهْرِ وَأَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهِلَّةِ وَسِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا من الشَّهْرِ الْأَخِيرِ وَهَذَا غَلَطٌ وَقَعَ من الْكَاتِبِ وَالصَّحِيحُ أَنْ يُقَالَ وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا لِأَنَّ سِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا قد سَكَنَ فلم يَبْقَ لِتَمَامِ الشَّهْرِ بِالْأَيَّامِ إلَّا أَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا
وَهَكَذَا ذَكَرَ في بَعْضِ النُّسَخِ وَإِنَّمَا يَسْكُنُ سِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا إذَا كان سَكَنَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ يَوْمًا وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ
وَوَجْهُهُ ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الطَّلَاقِ لِأَنَّ اسْمَ الشُّهُورِ لِلْأَهِلَّةِ إذْ الشَّهْرُ اسْمٌ لِلْهِلَالِ لُغَةً إلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْأَهِلَّةِ في الشَّهْرِ الْأَوَّلِ فَاعْتُبِرَ فيه الْأَيَّامُ وَيُمْكِنُ فِيمَا بَعْدَهُ فَيُعْمَلُ بِالْأَصْلِ وَلِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْمَنْفَعَةِ مَعْقُودٌ عليه لِأَنَّهُ يَتَجَدَّدُ وَيَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا فَيَصِيرُ عِنْدَ تَمَامِ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ كَأَنَّهُ عَقَدَ الْإِجَارَةَ ابْتِدَاءً فَيُعْتَبَرُ بِالْأَهِلَّةِ بِخِلَافِ الْعِدَّةِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فيها الْأَيَّامُ على إحْدَى

(4/181)

الرِّوَايَتَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْعِدَّةِ ليس بِعِدَّةٍ وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ فيها حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَاعْتُبِرَ فيها زِيَادَةُ الْعَدَدِ احْتِيَاطًا وَالْإِجَارَةُ حَقُّ الْعَبْدِ فَلَا يَدْخُلُهُ الِاحْتِيَاطُ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الشَّهْرَ الْأَوَّلَ يَكْمُلُ بِالْأَيَّامِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنَّمَا يَكْمُلُ بِالْأَيَّامِ من الشَّهْرِ الثَّانِي فإذا كَمُلَ بالإيام من الشَّهْرُ الثَّانِي يَصِير أَوَّلُ الشَّهْرِ الثَّانِي بِالْأَيَّامِ فَيُكْمَلُ من الشَّهْرِ الثَّالِثِ وَهَكَذَا إلَى آخِرِ الشُّهُورِ
وَلَوْ قال أَجَرْتُك هذه الدَّارَ سَنَةً كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَعْلُومَةٌ وَالْأُجْرَةَ مَعْلُومَةٌ فَلَا يَجُوزُ وَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ قبل تَمَامِ السَّنَةِ من غَيْرِ عُذْرٍ وَلَوْ لم يذكر السَّنَةَ فقال أَجَرْتُك هذه الدَّارَ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ في شَهْرٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وهو الشَّهْرُ الذي يَعْقُبُ الْعَقْدَ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ بِأَنْ قال بِعْت مِنْك هذه الصُّبْرَةَ كُلَّ قَفِيزٍ منها بِدِرْهَمٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إلَّا في قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُ لِأَنَّ جُمْلَةَ الشُّهُورِ مَجْهُولَةٌ فَأَمَّا الشَّهْرُ الْأَوَّلُ فَمَعْلُومٌ وهو الذي يَعْقُبُ الْعَقْدَ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّ الصَّحِيحَ من قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا وَفَرَّقَا بين الْإِجَارَةِ وبين (((وبيع))) الْعَيْنِ من حَيْثُ أن كُلَّ شَهْرٍ لَا نِهَايَةَ له فَلَا يَكُونُ الْمَعْقُودُ عليه مَعْلُومًا بِخِلَافِ الصُّبْرَةِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الْجُمْلَةِ بِالْكَيْلِ وَعَامَّةُ مَشَايِخِنَا قالوا تَجُوزُ هذه الْإِجَارَةُ على قَوْلِهِمَا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ كما في بَيْعِ الصُّبْرَةِ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ وفي بَيْعِ الْمَذْرُوعِ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ
وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ في الْمَذْرُوعِ في الْكُلِّ لَا في ذِرَاعٍ وَاحِدٍ وَلَا في الْبَاقِي
وفي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ يَجُوزُ في وَاحِدٍ وَلَا يَجُوزُ في الْبَاقِي في الْحَالِ إلَّا إذَا

عَلِمَ الْمُشْتَرِي جُمْلَتَهُ في الْمَجْلِسِ لِأَنَّ بَيْعَ قَفِيزٍ من صُبْرَةٍ جَائِزٌ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ بين قَفِيزٍ وَقَفِيزٍ فَأَمَّا بَيْعُ ذِرَاعٍ من ثَوْبٍ فَلَا يَجُوزُ لِتَفَاوُتٍ في أَجْزَاءِ الثَّوْبِ فَيُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ
وقال الشَّافِعِيُّ هذه الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ وَاعْتَبَرَهَا بِبَيْعِ كل ثَوْبٍ من هذه الْأَثْوَابِ بِدِرْهَمٍ وَهَذَا الِاعْتِبَارُ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الثِّيَابَ تَخْتَلِفُ في أَنْفُسِهَا اخْتِلَافًا فَاحِشًا وَلَا يُمْكِنُ تَعْيِينُ وَاحِدٍ منها لا ختلافها فَأَمَّا الشُّهُورُ فَإِنَّهَا لَا تَخْتَلِفُ فَيَتَعَيَّنُ وَاحِدٌ منها لِلْإِجَارَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وهو الشَّهْرُ الْأَوَّلُ لِمَا بَيَّنَّا وإذا جَازَ في الشَّهْرِ الْأَوَّلِ لَا غير عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتْرُكَ الْإِجَارَةَ عِنْدَ تَمَامِ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ فإذا دخل الشَّهْرُ الثَّانِي ولم يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا انْعَقَدَتْ الْإِجَارَةُ في الشَّهْرِ الثَّانِي لِأَنَّهُ إذَا مَضَى الشَّهْرُ الْأَوَّلُ ولم يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا فَقَدْ تَرَاضَيَا على انْعِقَادِ الْعَقْدِ في الشَّهْرِ الثَّانِي فَصَارَا كَأَنَّهُمَا جَدَّدَا الْعَقْدَ
وَكَذَا هذا عِنْدَ مُضِيِّ كل شَهْرٍ بِخِلَافِ ما إذَا أَجَرَ شَهْرًا وَسَكَتَ ولم يَقُلْ كُلَّ شَهْرٍ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يَسْبِقْ منه شَيْءٌ يبني عليه الْعَقْدُ في الشَّهْرِ الثَّانِي
ثُمَّ اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا في وَقْتِ الْفَسْخِ وَكَيْفِيَّتِهِ قال بَعْضُهُمْ إذَا أَهَلَّ الْهِلَالُ يقول أَحَدُهُمَا على الْفَوْرِ فَسَخْتُ الْإِجَارَةَ فإذا قال ذلك لَا يَنْعَقِدُ في الشَّهْرِ الثَّانِي وَإِنْ سَكَتَا عنه انْعَقَدَتْ
وقال بَعْضُهُمْ يَفْسَخُ أَحَدُهُمَا الْإِجَارَةَ في الْحَالِ فإذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ عَمِلَ ذلك الْفَسْخُ السَّابِقُ وقال بَعْضُهُمْ يَفْسَخُ أَحَدُهُمَا لَيْلَةَ الْهِلَالِ أو يَوْمَهَا وَإِنْ سَكَتَا حتى غَرَبَتْ الشَّمْسُ من الْيَوْمِ الْأَوَّلِ انْعَقَدَتْ الْإِجَارَةُ في الشَّهْرِ الثَّانِي وَهَذَا أَصَحُّ الْأَقَاوِيلِ وَمَعْنَى الْفَسْخُ هَهُنَا هو مَنْعُ انْعِقَادِ الْإِجَارَةِ في الشَّهْرِ الثَّانِي لِأَنَّهُ رَفْعُ الْعَقْدِ الْمَوْجُودِ من الْأَصْلِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَلْوًا وَبَكَرَةً لِيَسْقِيَ غَنَمَهُ ولم يذكر الْمُدَّةَ لم يَجُزْ لِأَنَّ قَدْرَ الزَّمَانِ الذي يَسْقِي فيه الْغَنَمَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَ قَدْرُ الْمَعْقُودِ عليه مَجْهُولًا وَإِنْ بَيَّنَ الْمُدَّةَ جَازَ لِأَنَّهُ صَارَ مَعْلُومًا بِبَيَانِ الْمُدَّةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُسْتَأْجَرُ له في هذا النَّوْعِ من الْإِجَارَةِ أعنى إجَارَةَ الْمَنَازِلِ وَنَحْوِهَا فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حتى لو اسْتَأْجَرَ شيئا من ذلك ولم يُسَمِّ ما يَعْمَلُ فيه جَازَ وَلَهُ أَنْ يَسْكُنَ فيه نَفْسُهُ وَمَعَ غَيْرِهِ وَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ فيه غَيْرَهُ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَلَهُ أَنْ يَضَعَ فيه مَتَاعًا وَغَيْرَهُ غير أَنَّهُ لَا يَجْعَلُ فيه حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا وَلَا ما يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ وَيُوهِنُهُ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ شُرِعَتْ الانتفاع
(((للانتفاع))) وَالدُّورُ وَالْمَنَازِلُ وَالْبُيُوتُ وَنَحْوُهَا مُعَدَّةٌ لِلِانْتِفَاعِ بها بِالسُّكْنَى وَمَنَافِعُ الْعَقَارِ الْمُعَدَّةُ لِلسُّكْنَى مُتَقَارِبَةٌ لِأَنَّ الناس لَا يَتَفَاوَتُونَ في السُّكْنَى فَكَانَتْ مَعْلُومَةً من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ
وَكَذَا الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ السُّكَّانِ وَقِلَّتِهِمْ إلَّا تَفَاوُتًا يَسِيرًا وَأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ وَوَضْعُ الْمَتَاعِ من تَوَابِعِ السُّكْنَى
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ له أَنْ يَرْبِطَ في الدَّارِ دَابَّتَهُ وَبَعِيرَهُ وَشَاتَهُ لِأَنَّ ذلك من تَوَابِعِ السُّكْنَى وَقِيلَ أن هذا الْجَوَابَ على عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَالْجَوَابُ فيه يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْعَادَةِ فَإِنْ كان في مَوْضِعٍ جَرَتْ الْعَادَةُ بِذَلِكَ فَلَهُ ذلك وَإِلَّا فَلَا وَإِنَّمَا لم يَكُنْ له أَنْ يُقْعِدَ فيه من يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ وَيُوهِنُهُ من الْقَصَّارِ وَالْحَدَّادِ

وَالطَّحَّانِ لِأَنَّ ذلك إتْلَافُ الْعَيْنِ وَأَنَّهُ لم يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ إذْ الْإِجَارَةُ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ لَا بَيْعُ الْعَيْنِ وَلِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُعْتَادِ
وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحَانُوتَ الذي يَكُونُ في صَفِّ الْبَزَّازِينَ أَنَّهُ لَا يُؤَاجَرُ لِعَمَلِ الْحَدَّادِ وَالْقَصَّارِ وَالطَّحَّانِ فَلَا يَنْصَرِفُ مُطْلَقُ الْعَقْدِ إلَيْهِ أذ الْمُطْلَقُ مَحْمُولٌ على الْعَادَةِ فَلَا يَدْخُلُ غَيْرُهُ في الْعَقْدِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ أو بِالرِّضَا حتى لو آجَرَ حَانُوتًا في صَفِّ الْحَدَّادِينَ من حَدَّادٍ يَدْخُلُ عَمَلُ الْحِدَادَةِ فيه من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ لِلْعَادَةِ وَإِنَّمَا كان له أَنْ يُؤَاجِرَ من غَيْرِهِ وَيُعِيرَ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ فَكَانَ له أَنْ يُؤَاجِرَ من غَيْرِهِ بِعِوَضٍ وَبِغَيْرِ عِوَضٍ
وَأَمَّا في إجَارَةِ الْأَرْضِ فَلَا بُدَّ فيها من بَيَانِ ما تُسْتَأْجَرُ له من الزِّرَاعَةِ وَالْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ وَغَيْرِ ذلك فَإِنْ لم يُبَيِّنْ كانت الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً إلَّا إذَا جَعَلَ له أَنْ يَنْتَفِعَ بها بِمَا شَاءَ
وَكَذَا إذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلزِّرَاعَةِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ ما يَزْرَعُ فيها أو يَجْعَلُ له أَنْ يَزْرَعَ فيها ما شَاءَ وَإِلَّا فَلَا يَجُوزُ الْعَقْدُ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْأَرْضِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَالزِّرَاعَةِ
وَكَذَا الْمَزْرُوعُ يَخْتَلِفُ منه ما يُفْسِدُ الْأَرْضَ وَمِنْهُ ما يُصْلِحُهَا فَكَانَ الْمَعْقُودُ عليه مَجْهُولًا جهالالة (((جهالة))) مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا بُدَّ من الْبَيَانِ بِخِلَافِ السُّكْنَى فَإِنَّهَا لَا تَخْتَلِفُ وَأَمَّا في إجَارَةِ الدَّوَابِّ فَلَا بُدَّ فيها من بَيَانِ أَحَدِ الشَّيْئَيْنِ الْمُدَّةِ أو الْمَكَانِ فَإِنْ لم يُبَيِّنْ أَحَدُهُمَا فَسَدَتْ لِأَنَّ تَرْكَ الْبَيَانِ يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً يُشَيِّعُ عليها رَجُلًا أو يَتَلَقَّاهُ أن الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ إلَّا أَنْ يسمى مَوْضِعًا مَعْلُومًا لِمَا قُلْنَا
وَكَذَا إذَا اسْتَأْجَرَهَا إلَى الْجَبَّانَةِ لِأَنَّ الْجَبَّانَةَ تَخْتَلِفُ أَوَّلُهَا وَأَوْسَطُهَا وَآخِرُهَا لِأَنَّهَا مَوْضِعٌ وَاسِعٌ تَتَبَاعَدُ أَطْرَافُهَا وَجَوَانِبُهَا بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلَى الْكُوفَةِ أَنَّهُ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَإِنْ كان أَطْرَافُهَا وَجَوَانِبُهَا مُتَبَاعِدَةً لِأَنَّ الْمَكَانَ هُنَاكَ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ وهو مَنْزِلُهُ الذي بِالْكُوفَةِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إذَا اسْتَأْجَرَ إلَى بَلَدِهِ فَإِنَّمَا يَسْتَأْجِرُ إلَى بَيْتِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ ما جَرَتْ الْعَادَةُ بين المكاريين (((المكارين))) بِطَرْحِ الْحُمُولَاتِ على أَوَّلِ جُزْءٍ من الْبَلَدِ فَصَارَ مَنْزِلُهُ بِالْكُوفَةِ مَذْكُورًا دَلَالَةً وَالْمَذْكُورُ دَلَالَةً كَالْمَذْكُورِ نَصًّا وَلَا عَادَةَ في الْجَبَّانَةِ على مَوْضِعٍ بِعَيْنِهِ حتى يُحْمَلَ الْعَقْدُ عليه حتى لو كان في الْجَبَّانَةِ مَوْضِعٌ لَا يُرْكَبُ إلَّا إلَيْهِ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَنْصَرِفُ إلَيْهِ كما يَصِحُّ إلَى الْكُوفَةِ وَلَوْ تَكَارَاهَا بِدِرْهَمٍ يَذْهَبُ عليها إلَى حَاجَةٍ له لم يَجُزْ ما لم يُبَيِّنْ الْمَكَانَ لِأَنَّ الْحَوَائِجَ تَخْتَلِفُ منها ما يَنْقَضِي بِالرُّكُوبِ إلَى مَوْضِعٍ وَمِنْهَا ما لَا يَنْقَضِي إلَّا بِقَطْعِ مَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ فَكَانَتْ الْمَنَافِعُ مَجْهُولَةً فَتَفْسُدُ الْإِجَارَةُ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا تَكَارَى دَابَّةً من الْفُرَاتِ إلَى جُعْفِيٍّ وَجُعْفِيٌّ قَبِيلَتَانِ بِالْكُوفَةِ ولم يُسَمِّ إحْدَاهُمَا أو إلَى الْكُنَاسَةِ وَفِيهَا كُنَاسَتَانِ ولم يُسَمِّ أحداهما أو إلَى بَجِيلَةَ وَبِهَا بَجِيلَتَانِ الظَّاهِرَةُ وَالْبَاطِنَةُ ولم يُسَمِّ إحْدَاهُمَا أن الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْمَكَانَ مَجْهُولٌ وَلَا بُدَّ فيها من بَيَانِ ما يَسْتَأْجِرُ له في الْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ لِأَنَّهُمَا مَنْفَعَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ وَبَعْدَ بَيَانِ ذلك لَا بُدَّ من بَيَانِ ما يُحْمَلُ عليها وَمَنْ يَرْكَبُهَا لِأَنَّ الْحَمْلَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الْمَحْمُولِ وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ في الرُّكُوبِ فَتَرْكُ الْبَيَانِ يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ
وَذَكَرَ في الأصلإذا اسْتَأْجَرَ بَعِيرَيْنِ من الْكُوفَةِ إلَى مَكَّةَ فَحَمَلَ على أَحَدِهِمَا مَحْمَلًا فيه رَجُلَانِ وما يَصْلُحُ لَهُمَا من الْوِطَاءِ وَالدُّثُرِ وقد رَأَى الرَّجُلَيْنِ ولم يَرَ الْوِطَاءَ وَالدُّثُرَ وَأَحَدُهُمَا زَامِلَةٌ يَحْمِلُ عليها كَذَا كَذَا مَخْتُومًا من السَّوِيقِ

وَالدَّقِيقِ وما يُصْلِحُهُمَا من الزَّيْتِ وَالْخَلِّ وَالْمَعَالِيقِ ولم يُبَيِّنْ ذلك وَاشْتَرَطَ عليه ما يَكْتَفِي بِهِ من الْمَاءِ ولم يُبَيِّنْ ذلك فَهَذَا كُلُّهُ فَاسِدٌ بِالْقِيَاسِ وَلَكِنْ قال أبو حَنِيفَةَ استحسن ذلك
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ شَرَطَ عَمَلًا مَجْهُولًا لأنه قَدْرَ الْكِسْوَةِ وَالدِّثَارِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الناس فَصَارَتْ الْمَنَافِعُ مَجْهُولَةً
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أن الناس يَفْعَلُونَ ذلك من لَدُنْ رسول اللَّهِ إلَى يَوْمِنَا هذا فَكَانَ ذلك إسْقَاطًا منهم اعْتِبَارَ هذه الْجَهَالَةِ فَلَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَإِنْ اشْتَرَطَ الْمُسْتَأْجِرُ أَنْ يَحْمِلَ عليه من هَدَايَا مَكَّةَ من صَالِحِ ما يَحْمِل الناس فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ قَدْرَ الْهَدَايَا يُعْلَمُ بِالْعَادَةِ
وَهَذَا مِمَّا يَفْعَلُهُ الناس في سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ نَكِيرٍ وان بَيَّنَ وَزْنَ الْمَعَالِيقِ وَوَصَفَ ذلك وَالْهَدَايَا أَحَبُّ إلَيْنَا لِأَنَّهُ يَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَذَلِكَ يَكُونُ أَبْعَدَ من الْخُصُومَةِ لِذَلِكَ قال أَحَبُّ إلَيْنَا وَلِكُلِّ مَحَلِّ قِرْبَتَيْنِ من مَاءٍ وَإِدَاوَتَيْنِ من أَعْظَمِ ما يَكُونُ لِأَنَّ هذا كُلَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالْعَادَةِ وَذِكْرُهُ أَفْضَلُ
وَكَذَا الْخَيْمَةُ وَالْقُبَّةُ وَذِكْرُهُ أَفْضَلُ لِمَا قُلْنَا وفي اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ وَالثَّوْبِ لِلُّبْسِ وَالْقِدْرِ لِلطَّبْخِ لَا بُدَّ من بَيَانِ الْمُدَّةِ لِمَا قُلْنَا
وَالْقِيَاسُ أَنْ يُشْتَرَطَ بَيَانُ نَوْعِ الْخِدْمَةِ في اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تَخْتَلِفُ فَكَانَتْ مَجْهُولَةً
وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يُشْتَرَطُ وَيَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَلَيْسَ له أَنْ

يُسَافِرَ بِهِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ ما يَلْبَسُ وما يَطْبُخُ في الْقِدْرِ لِأَنَّ اللُّبْسَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ اللَّابِسِ وَالْقِدْرُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَطْبُوخِ فَلَا بُدَّ من الْبَيَانِ لِيَصِيرَ الْمَعْقُودُ عليه مَعْلُومًا فَإِنْ اخْتَصَمَا حين وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ في هذه الْأَشْيَاءِ قبل أَنْ يَزْرَعَ أو يَبْنِيَ أو يَغْرِسَ أو قبل أَنْ يَحْمِلَ على الدَّابَّةِ أو يَرْكَبَهَا أو قبل أَنْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ أو يَطْبُخَ في الْقِدْرِ فإن الْقَاضِيَ يَفْسَخُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ فَاسِدًا وَرَفْعُ الْفَسَادِ وَاجِبٌ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَإِنْ زَرَعَ الْأَرْضَ وجمل (((وحمل))) الدَّابَّةِ وَلَبِسَ الثَّوْبَ وطبح (((وطبخ))) في الْقِدْرِ فَمَضَتْ الْمُدَّةُ فَلَهُ ما سُمِّيَ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ له أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَاسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ يُوجِبُ أَجْرَ الْمِثْلِ لَا الْمُسَمَّى
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ بأن الْمُفْسِدَ جَهَالَةُ الْمَعْقُودِ عليه وَالْمَعْقُودُ عليه قد تَعَيَّنَ بِالزِّرَاعَةِ وَالْحَمْلِ وَاللُّبْسِ وَالطَّبْخِ فَزَالَتْ الْجَهَالَةُ فَقَدْ استوفى الْمَعْقُودُ عليه في عَقْدٍ صَحِيحٍ فَيَجِبُ كَمَالُ الْمُسَمَّى كما لو كان مُتَعَيِّنًا في الِابْتِدَاءِ
وَلَوْ فسح (((فسخ))) الْقَاضِي الْإِجَارَةَ ثُمَّ زَرَعَ أو حَمَلَ أو لَبِسَ أو غير ذلك لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَمَّا نَقَضَ الْعَقْدَ فَقَدْ بَطَلَ الْعَقْدُ فَصَارَ مُسْتَعْمِلًا مَالَ الْغَيْرِ من غَيْرِ عَقْدٍ فَصَارَ غَاصِبًا وَالْمَنَافِعُ على أَصْلِنَا لَا تَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ أو الْفَاسِدِ ولم يُوجَدْ
وَمِنْهَا بَيَانُ الْعَمَلِ في اسْتِئْجَارِ الصُّنَّاعِ وَالْعُمَّالِ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْعَمَلِ في الِاسْتِئْجَارِ على الْأَعْمَالِ جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ حتى لو اسْتَأْجَرَ عَامِلًا ولم يُسَمِّ له الْعَمَلَ من الْقِصَارَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَالرَّعْيِ وَنَحْوِ ذلك

لم يَجُزْ الْعَقْدُ وَكَذَا بَيَانُ الْمَعْمُولِ فيه في الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ أما بِالْإِشَارَةِ وَالتَّعْيِينِ أو بِبَيَانِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ في ثَوْبِ الْقِصَارَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَبَيَانِ الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ في إجَارَةِ الرَّاعِي من الْخَيْلِ أو الْإِبِلِ أو الْبَقَرِ أو الْغَنَمِ وَعَدَدِهَا لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَعْمُولِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ حَفَّارًا لِيَحْفِرَ له بِئْرًا أَنَّهُ لَا بُدَّ من بَيَانِ مَكَانِ الْحَفْرِ وَعُمْقِ الْبِئْرِ وَعَرْضِهَا لِأَنَّ عَمَلَ الْحَفْرِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ عُمْقِ الْمَحْفُورِ وَعَرْضِهِ وَمَكَانِ الْحَفْرِ من الصَّلَابَةِ وَالرَّخَاوَةِ فَيُحْتَاجُ إلَى الْبَيَانِ لِيَصِيرَ الْمَعْقُودُ عليه مَعْلُومًا وَهَلْ يُشْتَرَطُ فيه بَيَانُ الْمُدَّةِ أَمَّا في اسْتِئْجَارِ الرَّاعِي الْمُشْتَرَكِ فَيُشْتَرَطُ لِأَنَّ قَدْرَ الْمَعْقُودِ عليه لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِدُونِهِ

وَأَمَّا في اسْتِئْجَارِ الْقَصَّارِ الْمُشْتَرَكِ وَالْخَيَّاطِ الْمُشْتَرَكِ فَلَا يُشْتَرَطُ حتى لو دَفَعَ إلَى خَيَّاطٍ أو قَصَّارٍ أَثْوَابًا مَعْلُومَةً لِيَخِيطَهَا أو لِيُقَصِّرَهَا جَازَ من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه يَصِيرُ مَعْلُومًا بِدُونِهِ

وَأَمَّا في الْأَجِيرِ الْخَاصِّ فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ جِنْسِ الْمَعْمُولِ فيه وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ فَقَطْ وَبَيَانُ الْمُدَّةِ في اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ شَرْطُ جَوَازِهِ بِمَنْزِلَةِ اسْتِئْجَارِ الْعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه هو الْخِدْمَةُ فما جَازَ فيه جَازَ في الظِّئْرِ وما لم يَجُزْ فيه لم يَجُزْ فيها إلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ اسْتَحْسَنَ في الظِّئْرِ أَنْ تُسْتَأْجَرَ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا لِمَا نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ إنْسَانًا لِيَبِيعَ له وَيَشْتَرِيَ ولم يُبَيِّنْ الْمُدَّةَ لم يَجُزْ لِجَهَالَةِ قَدْرِ مَنْفَعَةِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَوْ بَيَّنَ الْمُدَّةَ بِأَنْ اسْتَأْجَرَهُ شَهْرًا لِيَبِيعَ له وَيَشْتَرِيَ جَازَ لِأَنَّ قَدْرَ الْمَنْفَعَةِ صَارَ مَعْلُومًا بِبَيَانِ الْمُدَّةِ

وما رُوِيَ عن بَعْضِ الصَّحَابَةِ رضوان (((رضي))) اللَّهُ عليهم (((عنهم))) قال كنا نَبِيعُ في أَسْوَاقِ الْمَدِينَةِ وَنُسَمِّي أَنْفُسَنَا السَّمَاسِرَةَ فَخَرَجَ عَلَيْنَا رسول اللَّهِ وَسَمَّانَا بِأَحْسَنِ الْأَسْمَاءِ فقال يا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إنَّ بَيْعَكُمْ هذا يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالْكَذِبُ فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ وَالسِّمْسَارُ هو الذي يَبِيعُ أو يَشْتَرِي لِغَيْرِهِ بِالْأُجْرَةِ فَهُوَ مَحْمُولٌ على ما إذَا كانت الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً

وَكَذَا إذَا قال بِعْ لي هذا الثَّوْبَ وَلَكَ دِرْهَمٌ وَبَيَّنَ الْمُدَّةَ وَإِنْ لم يُبَيِّنْ فَبَاعَ وَاشْتَرَى فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ

قال الْفَضْلُ بن غَانِمٍ سمعت أَبَا يُوسُفَ قال لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْقَاضِي رَجُلًا مُشَاهَرَةً على أَنْ يَضْرِبَ الْحُدُودَ بين يَدَيْهِ وَإِنْ كان غير مُشَاهَرَةٍ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّهَا إذَا كانت مُشَاهَرَةً كان الْمَعْقُودُ عليه مَعْلُومًا بِبَيَانِ الْمُدَّةِ

وَيَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ فيها بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ عَمِلَ أو لم يَعْمَلْ وإذا لم يذكر الْوَقْتَ بَقِيَ الْمَعْقُودُ عليه مَجْهُولًا لِأَنَّ قَدْرَ الْحُدُودِ التي سَمَّاهَا غَيْرُ مَعْلُومٍ وَكَذَا مَحَلُّ الْإِقَامَةِ مَجْهُولٌ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ إذَا اسْتَأْجَرَ الْإِمَامُ رَجُلًا لِيَقْتُلَ الْمُرْتَدِّينَ وَالْأَسَارَى لم يَجُزْ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِقَطْعِ الْيَدِ جَازَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا عِنْدِي وَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ فِيهِمَا هَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ وَأَرَادَ بِقَوْلِهِ أَصْحَابِنَا أَبَا يُوسُفَ وَأَبَا حَنِيفَةَ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلٌ رَجُلًا لِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ في النَّفْسِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ وهو الْقَتْلُ وَمَحَلُّهُ مَعْلُومٌ وهو الْعُنُقُ إذْ لَا يُبَاحُ له الْعُدُولُ عنه فَيَجُوزُ كما لو اسْتَأْجَرَهُ لِقَطْعِ الْيَدِ وَذَبْحِ الشَّاةِ وَلَهُمَا أَنَّ مَحَلَّهُ من الْعُنُقِ ليس بِمَعْلُومٍ

بِخِلَافِ الْقَطْعِ فإن مَحَلَّهُ من الْيَدِ مَعْلُومٌ وهو الْمَفْصِلُ وَكَذَا مَحَلُّ الذَّبْحِ الْحُلْقُومُ وَالْوَدَجَانِ وَذَلِكَ مَعْلُومٌ
وقال ابن رُسْتُمَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ قال لِرَجُلٍ اُقْتُلْ هذا الذِّئْبَ أو هذا الْأَسَدَ وَلَك دِرْهَمٌ وَهُمَا صَيْدٌ لَيْسَا لِلْمُسْتَأْجِرِ فَقَتَلَهُ فإن له أَجْرَ مِثْلِهِ لَا أُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا لِأَنَّ الْأَسَدَ وَالذِّئْبَ إذَا لم يَكُونَا في يَدِهِ فَيُحْتَاجَ في قَتْلِهِمَا إلَى الْمُعَالَجَةِ فَكَانَ الْعَمَلُ مَجْهُولًا وَإِنَّمَا وَجَبَ عليه أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَيَكُونُ الصَّيْدُ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّ قَتْلَ الصَّيْدِ سَبَبٌ لِتَمَلُّكِهِ وَعَمَلُ الْأَجِيرِ يَقَعُ لِلْمُسْتَأْجِرِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ بِنَفْسِهِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا قال لِرَجُلٍ اسْتَأْجَرْتُك لِتَخِيطَ هذا الثَّوْبَ الْيَوْمَ أو لِتُقَصِّرَ هذا الثَّوْبَ الْيَوْمَ أو لِتَخْبِزَ قَفِيزَ دَقِيقٍ الْيَوْمَ أو قال اسْتَأْجَرْتُك هذا الْيَوْمَ لِتَخِيطَ هذا الثَّوْبَ أو لِتُقَصِّرَ أو لِتَخْبِزَ قَدَّمَ الْيَوْمَ أو أَخَّرَهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ جَائِزَةٌ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ إلَى الْكُوفَةِ أَيَّامًا مُسَمَّاةً فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا جَائِزَةٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْمَعْقُودَ عليه هو الْعَمَلُ لِأَنَّهُ هو الْمَقْصُودُ وَالْعَمَلُ مَعْلُومٌ فَأَمَّا ذِكْرُ الْمُدَّةِ فَهُوَ التَّعْجِيلُ فلم تَكُنْ الْمُدَّةُ مَعْقُودًا عليها فَذِكْرُهَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْعَقْدِ وإذا وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ على الْعَمَلِ فَإِنْ فَرَغَ منه قبل تَمَامِ الْمُدَّةِ أَيْ الْيَوْمَ فَلَهُ كَمَالُ الْأَجْرِ وَإِنْ لم يَفْرُغْ منه في الْيَوْمِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَهُ في الْغَدِ كما إذَا دَفَعَ إلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيُقَطِّعَهُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا على أَنْ يَفْرُغَ منه في يَوْمِهِ هذا أو اكْتَرَى من رَجُلٍ إبِلًا إلَى مَكَّةَ على أَنْ يُدْخِلَهُ إلَى عِشْرِينَ لَيْلَةٍ كُلُّ بَعِيرٍ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ مَثَلًا ولم يَزِدْ على هذا أَنَّ الْإِجَارَةَ جَائِزَةٌ ثُمَّ إنْ وَفَى بِالشَّرْطِ أَخَذَ الْمُسَمَّى وَإِنْ لم يَفِ بِهِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ على ما شَرَطَهُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ ذَكَرَ أَمْرَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْقُودًا عليه أَعْنِي الْعَمَلَ وَالْمُدَّةَ أَمَّا الْعَمَلُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا ذَكَرَ الْمُدَّةَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا لِلْخِبَازَةِ من غَيْرِ بَيَانِ قَدْرِ ما يَخْبِزُ جَازَ وكان الْجَوَابُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ جَعَلَ الْمَعْقُودَ عليه الْمَنْفَعَةَ وَالْمَنْفَعَةُ مُقَدَّرَةٌ بِالْوَقْتِ وَلَا يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا في كَوْنِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْقُودًا عليه لِأَنَّ حُكْمَهُمَا مُخْتَلِفٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ على الْمُدَّةِ يَقْتَضِي وُجُوبَ الْأَجْرِ من غَيْرِ عَمَلٍ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَجِيرًا خَالِصًا وَالْعَقْدُ على الْعَمَلِ يَقْتَضِي وُجُوبَ الْأَجْرِ بِالْعَمَلِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا فَكَانَ الْمَعْقُودُ عليه أَحَدَهُمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَكَانَ مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ الْمَعْقُودِ عليه تُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لأنه قَوْلَهُ على أَنْ يَفْرُغَ منه في يَوْمِي هذا ليس جَعْلُ الْوَقْتِ مَعْقُودًا عليه بَلْ هو بَيَانُ صِفَةِ الْعَمَلِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو لم يَعْمَلْ في الْيَوْمِ وَعَمِلَ في الْغَدِ يَسْتَحِقُّ أَجْرَ الْمِثْلِ
وَلَوْ قال أَجَرْتُك هذه الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ أو هذه الْأُخْرَى شَهْرًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ أو كان هذا الْقَوْلُ في حَانُوتَيْنِ أو عَبْدَيْنِ أو مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قال أَجَرْتُك هذه الدَّابَّةَ إلَى وَاسِطَ بِكَذَا أو إلَى مَكَّةَ بِكَذَا فَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ اسْتِحْسَانًا وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ قِيَاسًا
وَعَلَى هذا إذَا خَيَّرَهُ بين ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ وَإِنْ ذَكَرَ أَرْبَعَةً لم يَجُزْ وَعَلَى هذا أَنْوَاعُ الْخِيَاطَةِ وَالصِّبْغِ أَنَّهُ إنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً جَازَ عِنْدَنَا وَلَا يَجُوزُ ما زَادَ عليها كما في بَيْعِ

الْعَيْنِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ أَضَافَ الْعَقْدَ إلَى أَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ وهو مَجْهُولٌ فَلَا يَصِحُّ وَلِهَذَا لم يَصِحَّ إذَا أُضِيفَ إلَى أَحَدِ الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ
وَلَنَا أَنَّهُ خَيَّرَهُ بين عَقْدَيْنِ مَعْلُومَيْنِ في مَحَلَّيْنِ مُتَقَوَّمَيْنِ بِبَدَلَيْنِ مَعْلُومَيْنِ كما لو قال إنْ رَدَدْت الْآبِقَ من مَوْضِعِ كَذَا فَلَكَ كَذَا وَإِنْ رَدَدْتَهُ من مَوْضِعِ كَذَا فَلَكَ كَذَا وَكَمَا لو قال إنْ خيطت (((خطت))) هذا الثَّوْبَ فَبِدِرْهَمٍ وَإِنْ خيطت (((خطت))) هذا الْآخَرَ فَبِدِرْهَمٍ وَعَمَلُهُمَا سَوَاءٌ وَكَمَا لو قال إنْ سِرْت على هذه الدَّابَّةِ إلَى مَوْضِعِ كَذَا فَبِدِرْهَمٍ وَإِنْ سِرْت إلَى مَوْضِعِ كَذَا فَبِدِرْهَمٍ وَالْمَسَافَةُ سَوَاءٌ
وَأَمَّا قَوْلُهُمَا أن الْعَقْدَ أُضِيفَ إلَى أَحَدِ الْمَذْكُورِينَ من غَيْرِ عَيْنٍ فَنَعَمْ لَكِنْ فُوِّضَ خِيَارُ التَّعْيِينِ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَمِثْلُ هذه الْجَهَالَةِ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ قَفِيزٍ من الصُّبْرَةِ وَلِهَذَا جَازَ الْبَيْعُ فَالْإِجَارَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا أَوْسَعُ من الْبَيْعِ أَلَا تَرَى أنها تَقْبَلُ من الْخَطَرِ ما لَا يَقْبَلُهُ الْبَيْعُ وَلِهَذَا جَوَّزُوا هذه الْإِجَارَةَ من غَيْرِ شَرْطِ الْخِيَارِ ولم يُجَوِّزُوا الْبَيْعَ إلَّا بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَكَذَلِكَ إذَا دَفَعَ إلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا فقال له إنْ خِطْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمَانِ أو قال لِصَبَّاغٍ إنْ صَبَغْت هذا الثَّوْبَ بِعُصْفُرٍ فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ صَبَغْته بِزَعْفَرَانٍ فَلَكَ دِرْهَمَانِ فَذَلِكَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ خَيَّرَهُ بين إيفَاءِ مَنْفَعَتَيْنِ مَعْلُومَتَيْنِ فَلَا جَهَالَةَ وَلِأَنَّ الْأَجْرَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا لَا يَجِبُ إلَّا بِالْعَمَلِ وَحِينَ يَأْخُذُ في أَحَدِ الْعَمَلَيْنِ تَعَيَّنَ ذلك الْأَجْرُ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ فَأَمَّا عِنْدَ زُفَرَ الإجارة (((فالإجارة))) فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ وَالْجَوَابُ ما ذَكَرْنَاهُ
وَلَوْ

قال أَجَرْتُك هذه الدَّارَ شَهْرًا على أَنَّك إنْ قَعَدْت فيها حَدَّادًا فَأَجْرُهَا عَشَرَةٌ وَإِنْ بِعْت فيها الْخَزَّ فَخَمْسَةٌ فَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْآخِيرِ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْأَجْرَ لَا يَجِبُ بِالسُّكْنَى وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ وهو التَّخْلِيَةُ وَحَالَةُ التَّخْلِيَةِ لَا يَدْرِي ما يَسْكُنُ فَكَانَ الْبَدَلُ عِنْدَهُ مَجْهُولًا بِخِلَافِ الرُّومِيِّ وَالْفَارِسِيِّ لِأَنَّ الْبَدَلَ هُنَاكَ يَجِبُ بِابْتِدَاءِ الْعَمَلِ وَلَا بُدَّ وَأَنْ يبتدىء بِأَحَدِ الْعَمَلَيْنِ وَعِنْدَ ذلك يَتَعَيَّنُ الْبَدَلُ وَيَصِيرُ مَعْلُومًا عِنْدَ وُجُودِهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خُيِّرَ بين مَنْفَعَتَيْنِ مَعْلُومَتَيْنِ فَيَجُوزُ كما في خِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ وَهَذَا لِأَنَّ السُّكْنَى وَعَمَلَ الْحِدَادَةِ مختلفتان (((مختلفان))) وَالْعَقْدُ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَحِيحٌ على الِانْفِرَادِ فَكَذَا على الْجَمْعِ
وَقَوْلُهُمَا بِأَنَّ الْأَجْرَ هَهُنَا يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ من غَيْرِ عَمَلٍ مُسَلَّمٌ لَكِنَّ الْعَمَلَ يُوجَدُ ظَاهِرًا وغلبا (((وغالبا))) لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ عِنْدَ التَّمْكِينِ من الِانْتِفَاعِ هو الْغَالِبِ فَلَا يَجِبُ الِاحْتِرَازُ عنه على أَنَّ بِالتَّخْلِيَةِ وهو التَّمَكُّنُ من الِانْتِفَاعِ يَجِبُ أَقَلُّ الْأَجْرَيْنِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَجِبُ بِزِيَادَةِ الضَّرَرِ ولم تُوجَدْ زِيَادَةُ الضَّرَرِ وَأَقَلُّ الْأَجْرَيْنِ مَعْلُومٌ فَلَا يُؤَدِّي إلَى الْجَهَالَةِ وَهَذَا جَوَابُ إمَامِ الْهُدَى الشَّيْخِ أبي مَنْصُورٍ الْمَاتُرِيدِيِّ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ كُلُّ ما كان أُجْرَةً يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ وَلَا يُعْلَمُ الْوَاجِبُ بِهِ وَقْتَ التَّسْلِيمِ فَهُوَ بَاطِلٌ عِنْدَهُمَا

وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ الْعَقْدُ جَائِزٌ وَأَيُّ التَّعْيِينِ استوفى وَجَبَ أَجْرُ ذلك كما سمى وَإِنْ أَمْسَكَ الدَّارَ ولم يَسْكُنْ فيها حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ فَعَلَيْهِ أَقَلُّ الْمُسَمَّيَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الزِّيَادَةَ إنَّمَا تَجِبُ باستفاء (((باستيفاء))) مَنْفَعَةٍ زَائِدَةٍ ولم يُوجَدْ ذلك فَلَا يَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ وهو التَّخْلِيَةُ إلَّا أَقَلُّ الْأَجْرَيْنِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلَى الْحِيرَةِ على أَنَّهُ إنْ حَمَلَ عليها شَعِيرًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَإِنْ حَمَلَ عليها حِنْطَةً فَبِدِرْهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْآخَرِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ إنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إلَى الْحِيرَةِ بِدِرْهَمٍ وَإِلَى الْقَادِسِيَّةِ بِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَهُ

وَعَلَى قَوْلِهِمَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً من بَغْدَادَ إلَى الْقَصْرِ بِخَمْسَةٍ وَإِلَى الْكُوفَةِ بِعَشَرَةٍ

قال مُحَمَّدٌ لو كانت الْمَسَافَةُ إلَى الْقَصْرِ النِّصْفَ من الطَّرِيقِ إلَى الْكُوفَةِ فَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ وَإِنْ كانت أَقَلَّ أو أَكْثَرَ فَهِيَ فَاسِدَةٌ على أَصْلِهِمَا لِأَنَّ الْمَسَافَةَ إذَا كانت النِّصْفَ فَحَالَ ما يَسِيرُ يَصِيرُ الْبَدَلُ مَعْلُومًا لِأَنَّهُ إنْ سَارَ إلَى الْقَصْرِ أو إلَى الْكُوفَةِ فَالْأُجْرَةُ إلَى الْقَصْرِ خَمْسَةٌ فَأَمَّا إذَا كانت الْمَسَافَةُ إلَى الْقَصْرِ أَقَلَّ من النِّصْفِ أو أَكْثَرَ فَالْأُجْرَةُ حَالَ ما يَسِيرُ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهُ إنْ سَارَ إلَى الْقَصْرِ فَالْأُجْرَةُ خَمْسَةٌ وَإِنْ سَارَ إلَى الْكُوفَةِ فَالْأُجْرَةُ إلَى الْقَصْرِ بِحِصَّتِهِ من الْمَسَافَةِ وَجَهَالَةُ الْأُجْرَةِ عِنْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهَا تُفْسِدُ الْعَقْدَ عِنْدَهُمَا فَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ لِأَنَّهُ سَمَّى مَنْفَعَتَيْنِ مَعْلُومَتَيْنِ لأنه كُلَّ واحدة مِنْهُمَا بَدَلٌ مَعْلُومٌ

وَلَوْ أَعْطَى خَيَّاطًا ثَوْبًا فقال إنْ خِطْته الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خِطْته غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ قال أبو حَنِيفَةَ الشَّرْطُ الْأَوَّلُ صَحِيحٌ وَالثَّانِي فَاسِدٌ حتى لو خَاطَهُ الْيَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ على ما نَذْكُرُ تَفْسِيرُهُ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ

وقال زُفَرُ الشَّرْطَانِ بَاطِلَانِ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ فَنَتَكَلَّمُ مع زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُمَا خَالَفَا أَصْحَابَنَا الثَّلَاثَةَ فيه

وَالْوَجْهُ لَهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ

وَلَنَا أَنَّهُ سَمَّى في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ عَمَلًا مَعْلُومًا وَبَدَلًا مَعْلُومًا وَفَسَادُ الشَّرْطِ الثَّانِي لَا يُؤَثِّرُ في الشَّرْطِ الْأَوَّلِ كَمَنْ عَقَدَ إجَارَةً صَحِيحَةً وَإِجَارَةً فَاسِدَةً

وَأَمَّا الْيَوْمُ الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْيَوْمِ الأولى (((الأول))) أَنَّهُ سمي في الْيَوْمِ الثَّانِي عَمَلًا مَعْلُومًا وَبَدَلًا مَعْلُومًا كما في الْأَوَّلِ فَلَا مَعْنَى لِفَسَادِ الْعَقْدِ فيه (((به))) كما لَا يَفْسُدُ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ اجْتَمَعَ في الْيَوْمِ الثَّانِي بَدَلَانِ مُتَفَاوِتَانِ في الْقَدْرِ لِأَنَّ الْبَدَلَ الْمَذْكُورَ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ جُعِلَ مَشْرُوطًا في الْيَوْمِ الثَّانِي بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو لم يذكر لِلْيَوْمِ الثَّانِي بَدَلًا آخَرَ وَعَمِلَ في الْيَوْمِ الثَّانِي يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى في الْأَوَّلِ فَلَوْ لم يَجْعَلْ الْمَذْكُورَ من الْبَدَلِ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ مَشْرُوطًا في الثَّانِي لَمَا اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى وإذا اجْتَمَعَ بَدَلَانِ في الْيَوْمِ الثَّانِي صَارَ كَأَنَّهُ قال في الْيَوْمِ الثَّانِي فَلَكَ دِرْهَمٌ أو نِصْفُ دِرْهَمٍ فَكَانَ الْأَجْرُ مَجْهُولًا فَوَجَبَ فَسَادُ الْعَقْدِ فإذا خَاطَهُ في الْيَوْمِ الثَّانِي فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ على دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقَصُ من نِصْفِ دِرْهَمٍ هَكَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وفي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْإِمْلَاءِ وهو إحْدَى رِوَايَتَيْ ابْنِ سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن أبي يُوسُفَ وَإِحْدَى رِوَايَتَيْ ابْنِ سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن مُحَمَّدٍ وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ في رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّ له في الْيَوْمِ الثَّانِي أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ على نِصْفِ دِرْهَمٍ

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّ هذه الرِّوَايَةَ هِيَ الصَّحِيحَةُ
وَوَجْهُهَا أَنَّ الْوَاجِبَ في الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ الْمِثْلِ لَا يُزَادُ على الْمُسَمَّى وَالْمُسَمَّى في الْيَوْمِ الثَّانِي نِصْفُ دِرْهَمٍ لَا دِرْهَمٌ إنَّمَا الدِّرْهَمُ مُسَمًّى في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ عَقْدٌ آخَرُ فَلَا يُعْتَبَرُ فيه
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّهُ اجْتَمَعَ في الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى عِنْدَ مَجِيءِ الْغَدِ قَائِمَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا فَيُعْمَلُ بها (((بهما))) فَتُعْتَبَرُ الْأُولَى لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَالثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ فَإِنْ خَاطَ نِصْفَهُ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَنِصْفَهُ في الْغَدِ فَلَهُ نِصْفُ الْمُسَمَّى لِأَجْلِ خِيَاطَتِهِ في الْيَوْمِ الأول وَأَجْرُ الْمِثْلِ لِأَجْلِ خِيَاطَتِهِ في الْغَدِ لَا يُزَادُ على دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقَصُ عن نِصْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ خَاطَهُ في الْيَوْمِ الثَّالِثِ فَقَدْ رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ له أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ لم يَرْضَ بِتَأْخِيرِهِ إلَى الْغَدِ بِأَكْثَرَ من النِّصْفِ فَبِتَأْخِيرِهِ إلَى الْيَوْمِ الثَّالِثِ أَوْلَى
فَإِنْ قال إنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَلَا أَجْرَ لَك ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في إمْلَائِهِ أَنَّهُ إنْ خَاطَهُ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ فَلَهُ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَاطَهُ في الْيَوْمِ الثَّانِي فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ على دِرْهَمٍ لِأَنَّ إسْقَاطَهُ في الْيَوْمِ الثَّانِي لَا يَنْفِي وُجُوبَهُ في الْيَوْمِ الْأَوَّلِ وَنَفْيُ التَّسْمِيَةِ في الْيَوْمِ الثَّانِي لَا يَنْفِي أَصْلَ الْعَقْدِ فَكَانَ في الْيَوْمِ الثَّانِي عَقْدٌ لَا تَسْمِيَةَ فيه وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ
وَلَوْ قال إنْ خِطْتَه أنت فَأَجْرُكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَاطَهُ تِلْمِيذُكَ فَأَجْرُك نِصْفُ دِرْهَمٍ فَهَذَا وَالْخِيَاطَةُ الرُّومِيَّةُ وَالْفَارِسِيَّةُ سَوَاءٌ وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا شَهْرًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ على أَنَّهُ إنْ سَكَنَهَا يَوْمًا ثُمَّ خَرَجَ فَعَلَيْهِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ فَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَجْهُولٌ وهو سُكْنَى شَهْرٍ أو يَوْمٍ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْمَعْقُودِ بِدُونِهِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْآبِقِ لِأَنَّهُ لَا يُقْدَرُ على اسْتِيفَاءِ مَنْفَعَتِهِ حَقِيقَةً لِكَوْنِهِ مَعْجُوزَ التَّسْلِيمِ حَقِيقَةً وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُهُ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الْمَغْصُوبِ من غَيْرِ الْغَاصِبِ كما لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ من غَيْرِهِ لِمَا قُلْنَا
وَعَلَى هذا يخرج (((تخرج))) إجَارَةُ الْمَشَاعِ من غَيْرِ الشَّرِيكِ أنها غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ أنها جَائِزَةٌ وَجْهُ قَوْلِهِمْ أن الْإِجَارَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ الْبَيْعِ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّوْعِ الْآخَرِ وهو بَيْعُ الْعَيْنِ وأنه جَائِزٌ في الْمَشَاعِ كَذَا هذا فَلَوْ امْتَنَعَ إنَّمَا يَمْتَنِعُ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ مَنْفَعَةِ بِسَبَبِ الشِّيَاعِ وَالْمَشَاعُ مَقْدُورُ الِانْتِفَاعِ بِالْمُهَايَأَةِ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهُ وَكَذَا يَجُوزُ من الشَّرِيكِ أو من الشُّرَكَاءِ في صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَذَا من الْأَجْنَبِيِّ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الشُّيُوعَ الطارىء لَا يُفْسِدُ الْإِجَارَةَ فَكَذَا الْمُقَارِنُ لِأَنَّ الطارىء في بَابِ الْإِجَارَةِ مُقَارِنٌ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه الْمَنْفَعَةُ وَأَنَّهَا تَحْدُثُ شيئا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلُّ جُزْءٍ يَحْدُثُ مَعْقُودًا عليه مُبْتَدَأً
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَنْفَعَةَ الْمَشَاعِ غَيْرُ مقدور (((مقدورة))) الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَهَا بِتَسْلِيمِ الْمَشَاعِ وَالْمَشَاعُ غَيْرُ مَقْدُورٍ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِسَهْمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ وَغَيْرُ الْمُعَيَّنِ لَا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهُ بِنَفْسِهِ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهُ

بِتَسْلِيمِ الْبَاقِي وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْقُودٍ عليه فَلَا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهُ شَرْعًا
وَأَمَّا قَوْلُهُمَا أنه يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَةِ الْمَشَاعِ بالتهايىء (((بالتهايؤ)))
فَنَقُولُ لَا يُمْكِنُ على الْوَجْهِ الذي يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وهو الِانْتِفَاعُ بِالنِّصْفِ في كل الْمُدَّةِ لِأَنَّ التَّهَايُؤَ بِالزَّمَنِ انْتِفَاعٌ بِالْكُلِّ في نِصْفِ الْمُدَّةِ وذا ليس بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَالتَّهَايُؤُ بِالْمَكَانِ انْتِفَاعٌ بِرَفْعِ الْمُسْتَأْجَرِ في كل الْمُدَّةِ لِأَنَّ نِصْفَ هذا النِّصْفِ له بِالْمِلْكِ وَنِصْفَهُ على طَرِيقِ الْبَدَلِ عَمَّا في يَدِ صَاحِبِهِ وَأَنَّهُ ليس بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ أَيْضًا فَإِذًا لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عليه على الْوَجْهِ الذي يَقْتَضِيه الْعَقْدُ أَصْلًا وَرَأْسًا فَلَا يَكُونُ الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ هذا الْعَقْدِ بِالْمُهَايَأَةِ يُؤَدِّي إلَى الدَّوْرِ لِأَنَّهُ لَا مُهَايَأَةَ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ إلَّا بَعْدَ وُجُودِ الْعَقْدِ وَلَا عَقْدَ إلَّا بَعْدَ وُجُودِ شَرْطِهِ وهو الْقُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ فَيَتَعَلَّقُ كُلُّ وَاحِدٍ بِصَاحِبِهِ فَلَا يُتَصَوَّرُ وُجُودُهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَبِيعِ مَقْدُورَ الِانْتِفَاعِ ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْبَيْعِ فإن بَيْعَ الْمُهْرِ وَالْجَحْشِ وَالْأَرْضِ السَّبْخَةِ جَائِزٌ وَإِنْ لم يَكُنْ مُنْتَفَعًا بها وَلِهَذَا يَدْخُلُ الشِّرْبُ وَالطَّرِيقُ في الْإِجَارَةِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وَلَا يَدْخُلَانِ في الْبَيْعِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ لِأَنَّ كَوْنَ الْمُسْتَأْجِرِ مُنْتَفِعًا بِهِ بِنَفْسِهِ شَرْطُ صِحَّةِ الْإِجَارَةِ وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِدُونِ الشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ
وَأَمَّا الْإِجَارَةُ من الشَّرِيكِ فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ فيه رِوَايَتَانِ وَلَئِنْ سَلَّمْنَا على الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ فَلِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه هُنَاكَ مَقْدُورُ الِاسْتِيفَاءِ بِدُونِ الْمُهَايَأَةِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ كل الدَّارِ تَحْدُثُ على مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ لَكِنْ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بَعْضُهَا بِسَبَبِ الْمِلْكِ وَبَعْضُهَا بِسَبَبِ الْإِجَارَةِ
وَكَذَا الشُّيُوعُ الطارىء فيه رِوَايَتَانِ عن أبي حَنِيفَةَ وفي رِوَايَةٍ تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ كَالْمُقَارِنِ

وفي رِوَايَةٍ لَا تَفْسُدُ وَهِيَ الرِّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ عنه وَوَجْهُهَا أَنَّ عَدَمَ الشُّيُوعِ عِنْدَهُ شَرْطُ جَوَازِ هذا الْعَقْدِ وَلَيْسَ كُلُّ ما يُشْتَرَطُ لِابْتِدَاءِ الْعَقْدِ يُشْتَرَطُ لِبَقَائِهِ كَالْخُلُوِّ عن الْعِدَّةِ فإن الْعِدَّةَ تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ ولاتمنع الْبَقَاءَ كَذَا هذا وَسَوَاءٌ كانت الدَّارُ كُلُّهَا لِرَجُلٍ فَأَجَرَ نِصْفَهَا من رَجُلٍ أو كانت بين اثْنَيْنِ فَأَجَرَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ من رَجُلٍ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في جَامِعِهِ نَصًّا عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَجُوزُ في الْوَجْهَيْنِ جميعا
ذَكَرَ أبو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ أَنَّ إجَارَةَ الْمَشَاعِ إنَّمَا لَا تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إذَا أَجَرَ الرَّجُلُ بَعْضَ مِلْكِهِ فَأَمَّا إذَا أَجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ في الصُّورَةِ الْأُولَى تَقَعُ الْمُهَايَأَةُ بين الْمُسْتَأْجِرِ وَبَيْنَ المؤاجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد الْمُؤَاجِرِ مُدَّةً وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْمُؤَاجِرُ الْأَجْرَ مع كَوْنِ الدَّارِ في يَدِهِ وَالْمُهَايَأَةُ في الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ إنَّمَا تَقَعُ بين الْمُسْتَأْجِرِ وَبَيْنَ غَيْرِ الْمُؤَاجِرِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرِ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ الدَّارُ في يَدِ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ وَأُجْرَتُهَا عليه كما لو أَعَارَهَا ثُمَّ أَجَرَهَا
وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الْمَانِعِ يَعُمُّ الْوَجْهَيْنِ جميعا وَسَوَاءٌ كان الْمُسْتَأْجَرُ مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ أو لَا لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ الْهِبَةِ فإن الْمَانِعَ ثَمَّةَ خَصَّ الْمُحْتَمِلَ لِلْقِسْمَةِ وهو ما ذَكَرْنَا في

كِتَابِ الْهِبَةِ
وَلَوْ آجَرَ مَشَاعًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَقُسِّمَ وَسَلِمَ جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ قد زَالَ كما لو بَاعَ الْجِذْعَ في السَّقْفِ ثُمَّ نَزَعَ وَسَلِمَ وَكَمَا لو وَهَبَ مَشَاعًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ثُمَّ قُسِمَ وَسَلِمَ فَإِنْ اخْتَصَمَا قبل الْقِسْمَةِ فَأَبْطَلَ الْحَاكِمُ الْإِجَارَةَ ثُمَّ قُسِمَ وَسَلِمَ بَعْدَ ذلك لم يَجُزْ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْفَسَخَ من الْأَصْلِ بِإِبْطَالِ الْحَاكِمِ فَلَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ إلَّا بِالِاسْتِئْنَافِ وَيَجُوزُ إجَارَةُ الإثنين من وَاحِدٍ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَدْخُلُ في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ جُمْلَةً وَاحِدَةً من غَيْرِ شُيُوعٍ وَيَسْتَوْفِيهَا من غَيْرِ مُهَايَأَةٍ
وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْمُؤَاجِرَيْنِ حتى انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ في حِصَّتِهِ لَا تُنْتَقَضُ في حِصَّةِ الْحَيِّ وَإِنْ صَارَتْ مُشَاعَةً وهو الْمُسَمَّى بِالشُّيُوعِ الطارىء لِمَا ذَكَرْنَا وَكَذَا يَجُوزُ رَهْنُ الإثنين من وَاحِدٍ وَهِبَةُ الإثنين من وَاحِدٍ لِعَدَمِ الشُّيُوعِ عِنْدَ الْقَبْضِ وَكَذَا تَجُوزُ إجَارَةُ الْوَاحِدِ من الإثنين لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَخْرُجُ من مِلْكِ الْآجِرِ جُمْلَةً وَاحِدَةً من غَيْرِ شِيَاعٍ ثُمَّ ثَبَتَ الشِّيَاعُ لِضَرُورَةِ تَفَرُّقِ مِلْكَيْهِمَا في الْمَنْفَعَةِ وَأَنَّهُ يُوجِبُ قِسْمَةَ الْمَنْفَعَةِ بالتهايىء (((بالتهايؤ))) فَيَنْعَدِمُ الشُّيُوعُ
وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْمُسْتَأْجِرِينَ حتى انقضت (((انتقضت))) الْإِجَارَةُ في حِصَّتِهِ بَقِيَتْ في حِصَّةِ الْحَيِّ كما كانت وَيَجُوزُ رَهْنُ الْوَاحِدِ من اثْنَيْنِ أَيْضًا لِأَنَّ الرَّهْنَ شُرِعَ وَثِيقَةً بِالدَّيْنِ فَجَمِيعُ الرَّهْنِ يَكُونُ وَثِيقَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْمُرْتَهِنِينَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قَضَى الرَّاهِنُ دَيْنَ أَحَدِهِمَا لم يَكُنْ له أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ الرَّهْنِ وَأَمَّا هِبَةُ الْوَاحِدِ من اثْنَيْنِ فَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمِلْكَ في بَابِ الْهِبَةِ يَقَعُ بِالْقَبْضِ وَالشُّيُوعُ ثَابِتٌ عِنْدَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ من الْقَبْضِ فَيَمْنَعُ من وُقُوعِ الْمِلْكِ على ما نَذْكُرُ في كِتَابِ الْهِبَةِ
وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا فيها زَرْعٌ لِلْآجِرِ أو شَجَرٌ أو قَصَبٌ أو كَرْمٌ أو ما يَمْنَعُ من الزِّرَاعَةِ لم تَجُزْ لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِمَالِ الْمُؤَاجِرِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهُ فَلَا يَكُونُ الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ شَرْعًا فلم تَجُزْ كما لو اشْتَرَى جِذْعًا في سَقْفٍ وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ أَرْضًا فيها رُطَبَةٌ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهَا إلَّا بِضَرَرٍ وهو قَلْعُ الرُّطَبَةِ فَلَا يُجْبَرُ على الْإِضْرَارِ بِنَفْسِهِ فلم تَكُنْ الْمَنْفَعَةُ مَقْدُورَةَ الِاسْتِيفَاءِ شَرْعًا فلم تَجُزْ كما لو اشْتَرَى جِذْعًا في سَقْفٍ فَإِنْ قَلَعَ رَبُّ الْأَرْضِ الرُّطَبَةَ فقال لِلْمُسْتَأْجِرِ أقبض الْأَرْضَ فَقَبَضَهَا فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَانِعَ قد زَالَ فَصَارَ كَشِرَاءِ الْجِذْعِ في السَّقْفِ إذَا نَزَعَهُ الْبَائِعُ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُشْتَرِي فَإِنْ اخْتَصَمَا قبل ذلك فَأَبْطَلَ الْحَاكِمُ الْإِجَارَةَ ثُمَّ قَلَعَ الرُّطَبَةَ بَعْدَ ذلك لم يَصِحَّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد بَطَلَ بِأبطال الْحَاكِمِ فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَوْدَ فَإِنْ مَضَى من مُدَّةِ الْإِجَارَةِ يَوْمٌ أو يَوْمَانِ قبل أَنْ يَخْتَصِمَا ثُمَّ قَلَعَ الرُّطَبَةَ فَالْمُسْتَأْجِرُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبَضَهَا على تِلْكَ الْإِجَارَةِ وَطَرَحَ عنه ما لم يَقْبِضْ وَإِنْ شَاءَ لم يَقْبِضْ فَرْقًا بين هذا وَبَيْنَ الدَّارِ إذَا سَلَّمَهَا الْمُؤَاجِرُ في بَعْضِ الْمُدَّةِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يَكُونُ له خِيَارُ التَّرْكِ
وَوَجْه الْفَرْقِ أَنَّ الْمَقْصُودَ من إجَارَةِ الْأَرْضِ الزِّرَاعَةُ وَالزِّرَاعَةُ لَا تُمْكِنُ في جَمِيعِ الْأَوْقَاتِ بَلْ في بَعْضِ الْأَوْقَاتِ دُونَ بَعْضٍ وَتَخْتَلِفُ بِالتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ فَالْمُدَّةُ الْمَذْكُورَةُ فيها يَقِفُ بَعْضُهَا على بَعْضٍ وَيَكُونُ الْكُلُّ كَمُدَّةٍ وَاحِدَةٍ فإذا مَضَى بَعْضُهَا فَقَدْ تُغَيَّرُ عليه صِفَةُ الْعَقْدِ لِاخْتِلَافِ الْمَعْقُودِ فَكَانَ له الْخِيَارُ بِخِلَافِ إجَارَةِ الدَّارِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ منها السُّكْنَى وَسُكْنَى كل يَوْمٍ لَا تَعَلُّقَ له بِيَوْمٍ آخَرَ فَلَا يَقِفُ بَعْضُ الْمُدَّةِ فيها على بَعْضٍ فَلَا يُوجِبُ خَلَلًا في الْمَقْصُودِ من الْبَاقِي فَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ وَلَوْ اشْتَرَى أَطْرَافَ رُطَبَةٍ ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ لِتَبْقِيَةِ ذلك لم تَجُزْ

الْإِجَارَةُ لِأَنَّ أَصْلَ الرُّطَبَةِ مِلْكُ الْمُؤَاجِرِ فَكَانَتْ الْأَرْضُ مَشْغُولَةً بِمِلْكِ الْمُؤَاجِرِ وَاسْتِئْجَارُ بُقْعَةٍ مَشْغُولَةٍ بِمَالِ الْمُؤَاجِرِ لم تَصِحَّ لِأَنَّ كَوْنَهَا مَشْغُولَةً بِمِلْكِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ فَيَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْمَعْقُودِ عليه كَاسْتِئْجَارِ أَرْضٍ فيها زَرْعُ الْمُؤَاجِرِ
وَلَوْ اشْتَرَى الرُّطَبَةَ بِأَصْلِهَا لِيَقْلَعَهَا ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ مُدَّةً مَعْلُومَةً لِتَبْقِيَتِهَا جَازَ لِأَنَّ الْأَرْضَ هَهُنَا مَشْغُولَةٌ بِمَالِ الْمُسْتَأْجِرِ وَذَا لَا يَمْنَعُ الْإِجَارَةَ كما لو اسْتَأْجَرَ ما هو في يَدِهِ
وَكَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى شَجَرَةً فيها ثَمَرٌ بِثَمَرِهَا على أَنْ يَقْلَعَهَا ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ فَبَقَّاهَا فيها جَازَ لِمَا قلناه (((قلنا)))
قال مُحَمَّدٌ وَإِنْ اسْتَعَارَ الْأَرْضَ في ذلك كُلِّهِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَالِكَ بِالْإِعَارَةِ أَبَاحَ الِانْتِفَاعَ بِمِلْكِهِ فَيَجُوزُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما ذَكَرْنَا أَيْضًا من اسْتِئْجَارِ الْفَحْلِ لِلإنزال (((للإنزاء))) وَاسْتِئْجَارِ الْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ وَالْبَازِي الْمُعَلَّمِ لِلِاصْطِيَادِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَطْلُوبَةَ منه غَيْرُ مَقْدُورَةِ الِاسْتِيفَاءِ إذْ لَا يُمْكِنُ إجْبَارُ الْفَحْلِ على الضِّرَابِ وَالْإِنْزَالِ وَلَا إجْبَارُ الْكَلْبِ وَالْبَازِي على الصَّيْدِ فلم تَكُنْ الْمَنْفَعَةُ التي هِيَ مَعْقُودٌ عليها مَقْدُورَةَ الِاسْتِيفَاءِ في حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ فلم تَجُزْ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ اسْتِئْجَارُ الْإِنْسَانِ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ لَا يَتِمُّ بِوَاحِدٍ بَلْ بِالْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَلَا يَقْدِرُ الْأَجِيرُ على إيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَقْدِرُ الْمُسْتَأْجِرُ على الِاسْتِيفَاءِ فَصَارَ كما لو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ خَشَبَةً بِنَفْسِهِ وهو لَا يَقْدِرُ على حَمْلِهَا بِنَفْسِهِ وَلَوْ ضَرَبَ لِذَلِكَ مُدَّةً بِأَنْ اسْتَأْجَرَهُ شَهْرًا لِيَبِيعَ له وَيَشْتَرِيَ جَازَ لِمَا مَرَّ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ الِاسْتِئْجَارُ على تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالصَّنَائِعِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَا يَقْدِرُ على إيفَاءِ الْعَمَلِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَقْدِرُ الْمُسْتَأْجِرُ على الإستيفاء وَإِنْ شِئْت أَفْرَدْت لِجِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ شَرْطًا فَقُلْت وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ الْمُسْتَأْجَرُ له مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ من الْعَامِلِ بِنَفْسِهِ وَلَا يَحْتَاجُ فيه إلَى غَيْرِهِ وَخُرِّجَتْ الْمَسَائِلُ عليه وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إلَى الصِّنَاعَةِ فَافْهَمْ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ الِاسْتِئْجَارُ على الْمَعَاصِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ على مَنْفَعَةٍ غَيْرِ مَقْدُورَةِ الِاسْتِيفَاءِ شَرْعًا كَاسْتِئْجَارِ الْإِنْسَانِ لِلَّعِبِ وَاللَّهْوِ وَكَاسْتِئْجَارِ الْمُغَنِّيَةِ وَالنَّائِحَةِ لِلْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ بِخِلَافِ الِاسْتِئْجَارِ لِكِتَابَةِ الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ أَنَّهُ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَمْنُوعَ عنه نَفْسُ الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ لَا كِتَابَتُهُمَا وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْتُلَ له رَجُلًا أو لِيَسْجُنَهُ أو لِيَضْرِبَهُ ظُلْمًا وَكَذَا كُلُّ إجَارَةٍ وَقَعَتْ لِمَظْلَمَةٍ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِفِعْلِ الْمَعْصِيَةِ فَلَا يَكُونُ الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ شَرْعًا فَإِنْ كان ذلك بِحَقٍّ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ إنْسَانًا لِقَطْعِ عُضْوٍ جَازَ لِأَنَّهُ مَقْدُورُ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ مَحَلَّهُ مَعْلُومٌ فَيُمْكِنُهُ أَنْ يَضَعَ السِّكِّينَ عليه فَيَقْطَعَهُ
وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِقِصَاصٍ في النَّفْسِ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَتَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ هو يقول اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ بِطَرِيقٍ مَشْرُوعٍ هو حَزُّ الرَّقَبَةِ وَالرَّقَبَةُ مَعْلُومَةٌ فَكَانَ الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِئْجَارَ لِذَبْحِ الشَّاةِ وَقَطْعِ الْيَدِ وَهُمَا يَقُولَانِ أن الْقَتْلَ بِضَرْبِ الْعُنُقِ يَقَعُ على سَبِيلِ التَّجَافِي عن الْمَضْرُوبِ فلربما (((فربما))) يُصِيبُ الْعُنُقَ وَرُبَّمَا يَعْدِلُ عنه إلَى غَيْرِهِ فَإِنْ أَصَابَ كان مَشْرُوعًا وَإِنْ عَدَلَ كان مَحْظُورًا لِأَنَّهُ يَكُونُ مُثْلَةً وَإِنَّهَا غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ بِخِلَافِ الِاسْتِئْجَارِ على تَشْقِيقِ الْحَطَبِ لِأَنَّهُ وَإِنْ كان ذلك يَقَعُ على

سَبِيلِ التَّجَافِي فَكُلُّهُ مُبَاحٌ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ فلم يَكُنْ هذا النَّوْعُ من الْمَنْفَعَةِ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْقَطْعُ وَالذَّبْحُ لِأَنَّ الْقَطْعَ يَقَعُ بِوَضْعِ السِّكِّينِ على مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ من الْيَدِ وهو الْمِفْصَلُ وَإِمْرَارِهِ عليه وَكَذَلِكَ الذَّبْحُ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ ذِمِّيٌّ من مُسْلِمٍ بِيعَةً لِيُصَلِّيَ فيها لم يَجُزْ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِفِعْلِ الْمَعْصِيَةِ وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الذِّمِّيِّ دَارًا من مُسْلِمٍ وَأَرَادَ أَنْ يُصَلِّيَ فيها من غَيْرِ جَمَاعَةٍ أو يَتَّخِذَهَا مُصَلًّى لِلْعَامَّةِ فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَوْ اسْتَأْجَرَ ذِمِّيٌّ مُسْلِمًا لِيَخْدُمَهُ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَجُوزُ وَأَكْرَهُ لِلْمُسْلِمِ خِدْمَةَ الذِّمِّيِّ أَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلِأَنَّ الِاسْتِخْدَامَ اسْتِذْلَالٌ فكان إجَارَةُ الْمُسْلِمِ نَفْسَهُ منه إذْلَالًا لِنَفْسِهِ وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يُذِلَّ نَفْسَهُ خُصُوصًا بِخِدْمَةِ الْكَافِرِ
وَأَمَّا الْجَوَازُ فَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَجُوزُ كَالْبَيْعِ وقال أبو حَنِيفَةَ أَكْرَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلُ امْرَأَةً حُرَّةً يَسْتَخْدِمُهَا وَيَخْلُو بها وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَمَّا الْخَلْوَةُ فَلِأَنَّ الْخَلْوَةَ بِالْمَرْأَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ مَعْصِيَةٌ وَأَمَّا الِاسْتِخْدَامُ فَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ معه الِاطِّلَاعُ عليها وَالْوُقُوعُ في الْمَعْصِيَةِ
وَيَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ لِنَقْلِ الْمَيْتَاتِ وَالْجِيَفِ وَالنَّجَاسَاتِ لِأَنَّ فيه رَفْعَ أَذِيَّتِهَا عن الناس فَلَوْ لم تَجُزْ لَتَضَرَّرَ بها الناس
وقال ابن رُسْتُمَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال لَا بَأْسَ بِأُجْرَةِ الْكَنَّاسِ

أَرَأَيْت لو اسْتَأْجَرَهُ لِيُخْرِجَ له حِمَارًا مَيِّتًا أَمَا يَجُوزُ ذلك وَيَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ على نَقْلِ الْمَيِّتِ الْكَافِرِ إلَى الْمَقْبَرَةِ لِأَنَّهُ جِيفَةٌ فَيَدْفَعُ أَذِيَّتَهَا عن الناس كَسَائِرِ الْأَنْجَاسِ
وَأَمَّا الِاسْتِئْجَارُ على نَقْلِهِ من بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ فَقَدْ قال مُحَمَّدٌ اُبْتُلِينَا بِمَسْأَلَةِ مَيِّتٍ مَاتَ من الْمُشْرِكِينَ فَاسْتَأْجَرُوا له من يَحْمِلُهُ إلَى مَوْضِعٍ فَيَدْفِنُهُ في غَيْرِ الْمَوْضِعِ الذي مَاتَ فيه أَرَادَ بِذَلِكَ إذَا اسْتَأْجَرُوا له من يَنْقُلُهُ من بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ فقال أبو يُوسُفَ لَا أَجْرَ له وَقُلْت أنا إنْ كان الْحَمَّالُ الذي حَمَلَهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ جِيفَةٌ فَلَا أَجْرَ له وَإِنْ لم يَعْلَمْ فَلَهُ الْأَجْرُ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أن الْأَجِيرَ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ جِيفَةٌ فَقَدْ نَقَلَ ما لَا يَجُوزُ له نَقْلُهُ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ وإذا لم يَعْلَمْ فَقَدْ غَرُّوهُ بِالتَّسْمِيَةِ وَالْغَرُورُ يُوجِبُ الضَّمَانَ
وَلِأَبِي يُوسُفَ أن الْأَصْلَ أَنْ لَا يَجُوزَ نَقْلُ الْجِيفَةِ وَإِنَّمَا رُخِّصَ في نَقْلِهَا لِلضَّرُورَةِ وَهِيَ ضَرُورَةُ رَفْعِ أَذِيَّتِهَا وَلَا ضَرُورَةَ في النَّقْلِ من بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ فَبَقِيَ على أَصْلِ الْحُرْمَةِ كَنَقْلِ الْمَيْتَةِ من بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ
وَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا يَحْمِلُ له الْخَمْرَ فَلَهُ الْأَجْرُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا أَجْرَ له كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَطِيبُ له الْأَجْرُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُكْرَهُ لَهُمَا أَنَّ هذه إجَارَةٌ على الْمَعْصِيَةِ لِأَنَّ حَمْلَ الْخَمْرِ مَعْصِيَةٌ لِكَوْنِهِ إعَانَةً على الْمَعْصِيَةِ وقد قال اللَّهُ عز وجل { وَلَا تَعَاوَنُوا على الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ } وَلِهَذَا لَعَنَ اللَّهُ تَعَالَى عَشَرَةً منهم حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولُ إلَيْهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أن نَفْسَ الْحَمْلِ ليس بِمَعْصِيَةٍ بِدَلِيلِ أَنَّ حَمْلَهَا لِلْإِرَاقَةِ وَالتَّخْلِيلِ مُبَاحٌ وَكَذَا ليس بِسَبَبٍ لِلْمَعْصِيَةِ وهو الشُّرْبُ لِأَنَّ ذلك يَحْصُلُ بِفِعْلِ فَاعِلٍ

مُخْتَارٍ وَلَيْسَ الْحَمْلُ من ضَرُورَاتِ الشُّرْبِ فَكَانَتْ سَبَبًا مَحْضًا فَلَا حُكْمَ له كَعَصْرِ الْعِنَبِ وَقَطْفِهِ وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على الْحَمْلِ بِنِيَّةِ الشُّرْبِ وَبِهِ نَقُولُ إنَّ ذلك مَعْصِيَةٌ وَيُكْرَهُ أَكْلُ أُجْرَتِهِ وَلَا تَجُوزُ إجَارَةُ الْإِمَاءِ لِلزِّنَا لِأَنَّهَا إجَارَةٌ على الْمَعْصِيَةِ وَقِيلَ فيه نَزَلَ قَوْله تَعَالَى { وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ على الْبِغَاءِ إنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا }

وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن مَهْرِ الْبَغِيِّ وهو أَجْرُ الزَّانِيَةِ على الزِّنَا

وَتَجُوزُ الْإِجَارَةُ لِلْحِجَامَةِ وَأَخْذُ الْأُجْرَةِ عليها لِأَنَّ الْحِجَامَةَ أَمْرٌ مُبَاحٌ وما وَرَدَ من النَّهْيِ عن كَسْبِ الْحَجَّامِ في الحديث عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من السُّحْتِ عَسْبُ التَّيْسِ وَكَسْبُ الْحَجَّامِ فَهُوَ مَحْمُولٌ على الْكَرَاهَةِ لِدَنَاءَةِ الْفِعْلِ

وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا قال ذلك أَتَاهُ رَجُلٌ من الْأَنْصَارِ فقال إنَّ لي حَجَّامًا وَنَاضِحًا فَأَعْلِفُ نَاضِحِي من كَسْبِهِ قال نعم

وروى أَنَّهُ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ دِينَارًا وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الرَّجُلِ أَبَاهُ لِيَخْدُمَهُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِتَعْظِيمِ أبيه وفي الِاسْتِخْدَامِ اسْتِخْفَافٌ بِهِ فَكَانَ حَرَامًا فَكَانَ هذا اسْتِئْجَارًا على الْمَعْصِيَةِ وَسَوَاءٌ كان الْأَبُ حُرًّا أو عَبْدًا اسْتَأْجَرَهُ ابْنُهُ من مَوْلَاهُ لِيَخْدُمَهُ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَبِ حُرًّا كان أو عَبْدًا وَسَوَاءٌ كان الْأَبُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا لِأَنَّ تَعْظِيمَ الْأَبِ وَاجِبٌ وَإِنْ اخْتَلَفَ الدِّينُ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَصَاحِبْهُمَا في الدُّنْيَا مَعْرُوفًا } وَهَذَا في الْأَبَوَيْنِ الْكَافِرَيْنِ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ على قَوْلِهِ عز وجل { وَإِنْ جَاهَدَاكَ على أَنْ تُشْرِكَ بِي ما ليس لك بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا }

وَإِنْ شِئْت أَفْرَدْت لِجِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ شَرْطًا وَخَرَّجْتَهَا عليه فَقُلْت وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةَ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنْ كانت مَحْظُورَةَ الِاسْتِيفَاءِ لم تَجُزْ الْإِجَارَةُ لَكِنَّ في هذا شُبْهَةَ التَّدَاخُلِ في الشُّرُوطِ وَالصِّنَاعَةُ تَمْنَعُ من ذلك

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا على الْعَمَلِ في شَيْءٍ هو فيه شَرِيكُهُ نَحْوُ ما إذَا كان بين اثْنَيْنِ طَعَامٌ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ على أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ إلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ وَالطَّعَامُ غَيْرُ مَقْسُوم فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ أو اسْتَأْجَرَ غُلَامَ صَاحِبِهِ أو دَابَّةَ صَاحِبِهِ على ذلك أَنَّهُ لَا تَجُوزُ هذه الْإِجَارَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وإذا حَمَلَ لَا أَجْرَ له وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذه الْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ وَلَهُ الْأَجْرُ إذَا حَمَلَ

وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْأَجْرَ تَابِعٌ نِصْفَ مَنْفَعَةِ الْحَمْلِ الشَّائِعَةِ من شَرِيكِهِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ فَتَصِحُّ في الشَّائِعِ كَبَيْعِ الْعَيْنِ وَهَذَا لِأَنَّ عَمَلَهُ وهو الْحَمْلُ وَإِنْ صَادَفَ مَحَلًّا مُشْتَرَكًا وهو لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِالْعَمَلِ في نَصِيبِ نَفْسِهِ فَيَسْتَحِقُّهَا بِالْعَمَلِ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ

وَلَنَا أَنَّهُ أَجَرَ ما لَا يَقْدِرُ على إيفَائِهِ لِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الشَّائِعِ بِنَفْسِهِ فلم يَكُنْ المقدور (((المعقود))) عليه مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْأَجْرُ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عليه إذْ لَا يُتَصَوَّرُ حَمْلُ نِصْفِ الطَّعَامِ تَبَايُعًا وَوُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ يَقِفُ على اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه ولم يُوجَدْ فَلَا يَجِبُ بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَأْجَرَ من رَجُلٍ بَيْتًا لِهِ لِيَضَعَ فيه طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا أو سَفِينَةً أو جُوَالِقًا إن الْإِجَارَةَ جَائِزَةٌ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ ثَمَّةَ يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْوَضْعِ

بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو سَلَّمَ السَّفِينَةَ وَالْبَيْتَ وَالْجُوَالِقَ ولم يَضَعْ وَجَبَ الْأَجْرُ وَهَهُنَا لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْعَمَلِ وهو الْحَمْلُ وَالْمَشَاعُ غَيْرُ مَقْدُورِ الْحَمْلِ بِنَفْسِهِ

وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في طَعَامٍ بين رَجُلَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا سَفِينَةٌ وَأَرَادَا أَنْ يُخْرِجَا الطَّعَامَ من بَلَدِهِمَا إلَى بَلَدٍ آخَرَ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ السَّفِينَةِ من صَاحِبِهِ أو أرادا (((أراد))) أَنْ يَطْحَنَا الطَّعَامَ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ الرَّحَى الذي لِشَرِيكِهِ أو اسْتَأْجَرَ أَنْصَافَ جُوَالِقِهِ لِيَحْمِلَ عليه الطَّعَامَ إلَى مَكَّةَ فَهُوَ جَائِزٌ وَهَذَا على قَوْلِ من يُجِيزُ إجَارَةَ الْمَشَاعِ
وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ لَا يَسْتَحِقُّ فيه الْأُجْرَةَ إلَّا بِالْعَمَلِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ فيه على الْعَمَلِ في الْحَمْلِ مُشْتَرَكَةً وما يَسْتَحِقُّ فيه الْأُجْرَةَ من غَيْرِ عَمَلٍ تَجُوزُ الْإِجَارَةُ فيه لِوَضْعِ الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ في الْمُسْتَأْجَرِ وَفِقْهُ هذا الْأَصْلِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ ما لَا تَجِبُ الْأُجْرَةُ فيه إلَّا بِالْعَمَلِ فَلَا بُدَّ من إمْكَانِ إيفَاءِ الْعَمَلِ وَلَا تَمْكِينَ من الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ فَلَا يَكُونُ الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ فَلَا يَكُونُ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ فلم تَجُزْ الْإِجَارَةُ وما لَا يَقِفُ وُجُوبُ الْأُجْرَةِ فيه على الْعَمَلِ كان الْمَعْقُودُ عليه مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ وَالِاسْتِيفَاءِ بِدُونِهِ فَتَجُوزُ الْإِجَارَةُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا على أَنْ يَحْمِلَ له طَعَامًا بِعَيْنِهِ إلَى مَكَان مَخْصُوصٍ بِقَفِيزٍ منه أو اسْتَأْجَرَ غُلَامَهُ أو دَابَّتَهُ على ذلك أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لو صَحَّ لَبَطَلَ من حَيْثُ صَحَّ لِأَنَّ الْأَجِيرَ يَصِيرُ شَرِيكًا بِأَوَّلِ جُزْءٍ من الْعَمَلِ وهو الْحَمْلُ فَكَانَ عَمَلُهُ بَعْدَ ذلك فِيمَا هو شَرِيكٌ فيه وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا وإذا حَمَلَ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ وَلَا يَتَجَاوَزُ بِهِ قَفِيزًا لِأَنَّ الْوَاجِبَ في الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ الْأَقَلُّ من الْمُسَمَّى وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ لِمَا نَذْكُرُ في بَيَانِ حُكْمِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ إنْ شَاءَ اللَّهِ تَعَالَى
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْعَمَلُ الْمُسْتَأْجَرُ له فَرْضًا وَلَا وَاجِبًا على الْأَجِيرِ قبل الْإِجَارَةِ فَإِنْ كان فَرْضًا أو وَاجِبًا عليه قبل الْإِجَارَةِ لم تَصِحَّ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ من أتى بِعَمَلٍ يُسْتَحَقُّ عليه لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ كَمَنْ قَضَى دَيْنًا عليه وَلِهَذَا قُلْنَا إنَّ الثَّوَابَ على الْعِبَادَاتِ وَالْقُرَبِ وَالطَّاعَاتِ أَفْضَالٌ من اللَّهِ سُبْحَانَهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عليه لِأَنَّ وُجُوبَهَا على الْعَبْدِ بِحَقِّ الْعُبُودِيَّةِ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْمَوْلَى على الْعَبْدِ مُسْتَحَقَّةٌ وَلِحَقِّ الشُّكْرِ لِلنِّعَمِ السَّابِقَةِ لِأَنَّ شُكْرَ النِّعْمَةِ وَاجِبٌ عَقْلًا وَشَرْعًا وَمَنْ قَضَى حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه لِغَيْرِهِ لَا يَسْتَحِقُّ قِبَلَهُ الْأَجْرَ كَمَنْ قَضَى دَيْنًا عليه في الشَّاهِدِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ الِاسْتِئْجَارُ على الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهَا من فُرُوضِ الْأَعْيَانِ وَلَا يَصِحُّ الِاسْتِئْجَارُ على تَعْلِيمِ الْعِلْمِ لِأَنَّهُ فَرْضُ عَيْنٍ وَلَا على تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ الْإِجَارَةُ على تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ جَائِزَةٌ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ فَيَجُوزُ
وَلَنَا أَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِعَمَلٍ مَفْرُوضٍ فَلَا يَجُوزُ كَالِاسْتِئْجَارِ لِلصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ الِاسْتِيفَاءِ في حَقِّ الْأَجِيرِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْمُتَعَلِّمِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِئْجَارَ لِحَمْلِ خَشَبَةٍ لَا يَقْدِرُ على حَمْلِهَا بِنَفْسِهِ
وقد روى أَنَّ أُبَيَّ بن كَعْبٍ رضي اللَّهُ عنه أَقْرَأَ رَجُلًا فَأَعْطَاهُ قَوْسًا فَسَأَلَ النبي عن ذلك فقال أَتُحِبُّ أَنْ يُقَوِّسَكَ اللَّهُ بِقَوْسٍ من نَارٍ قال لَا فقال فَرُدَّهُ وَلَا على الْجِهَادِ لِأَنَّهُ فَرْضُ عَيْنٍ عِنْدَ عُمُومِ النَّفِيرِ وَفَرْضُ كِفَايَةٍ في غَيْرِ تِلْكَ الْحَالِ وإذا شَهِدَ الْوَقْعَةَ فَتَعَيَّنَ عليه فَيَقَعُ عن نَفْسِهِ
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قال مَثَلُ من يَغْزُو في أُمَّتِي وَيَأْخُذُ الْجُعْلَ عليه كَمَثَلِ أُمِّ مُوسَى تُرْضِعَ وَلَدَهَا وَتَأْخُذُ عليه أَجْرًا وَلَا على الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ وَالْإِمَامَةِ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ
وقد رُوِيَ عن عُثْمَانَ بن أبي الْعَاصِ الثَّقَفِيِّ أَنَّهُ قال آخِرُ ما عَهِدَ إلَيَّ رسول اللَّهِ أَنْ أُصَلِّيَ بِالْقَوْمِ صَلَاةَ أَضْعَفِهِمْ وَأَنْ أَتَّخِذَ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ على الْأَذَانِ أَجْرًا وَلِأَنَّ الِاسْتِئْجَارَ على الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ وَالْإِمَامَةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْعِلْمِ سَبَبٌ

لِتَنْفِيرِ الناس عن الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ وَعَنْ تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْعِلْمِ لِأَنَّ ثِقَلَ الْأَجْرِ يَمْنَعُهُمْ عن ذلك وَإِلَى هذا أَشَارَ الرَّبُّ جَلَّ شَأْنُهُ في قَوْلِهِ عز وجل { أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُمْ من مَغْرَمٍ مُثْقَلُونَ } فَيُؤَدِّي إلَى الرَّغْبَةِ عن هذه الطَّاعَاتِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وقال تَعَالَى { وما تَسْأَلُهُمْ عليه من أَجْرٍ } أَيْ على ما تُبَلِّغُ إلَيْهِمْ أَجْرًا وهو كان يُبَلِّغُ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِقَوْلِهِ أَلَا فَلْيُبَلِّغْ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ فَكَانَ كُلُّ مُعَلِّمٍ مُبَلِّغًا فإذا لم يَجُزْ له أَخْذُ الْأَجْرِ على ما يُبَلِّغُ بِنَفْسِهِ لِمَا قُلْنَا فَكَذَا لِمَنْ يُبَلِّغُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ ذلك تَبْلِيغٌ منه مَعْنًى وَيَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ على تَعْلِيمِ اللُّغَةِ وَالْأَدَبِ لِأَنَّهُ ليس بِفَرْضٍ وَلَا وَاجِبٍ

وَكَذَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ على بِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالرِّبَاطَاتِ وَالْقَنَاطِرِ لِمَا قُلْنَا وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ على غُسْلِ

(4/191)

الْمَيِّتِ ذَكَرَهُ في الْفَتَاوَى لِأَنَّهُ وَاجِبٌ وَيَجُوزُ على حَفْرِ الْقُبُورِ

وَأَمَّا على حَمْلِ الْجِنَازَةِ فذكر في بَعْضِ الفتاوي أَنَّهُ جَائِزٌ على الْإِطْلَاقِ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ إنْ كان يُوجَدُ غَيْرُهُمْ يَجُوزُ وَإِنْ كان لَا يُوجَدُ غَيْرُهُمْ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْحَمْلَ عليهم وَاجِبٌ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ ابْنَهُ وهو حُرٌّ بَالِغٌ لِيَخْدُمَهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْأَبِ الْحُرِّ وَاجِبَةٌ على الِابْنِ الْحُرِّ فَإِنْ كان الْوَلَدُ عَبْدًا وَالْأَبُ حُرًّا فَاسْتَأْجَرَ ابْنَهُ من مَوْلَاهُ جَازَ لِأَنَّهُ إذَا كان عَبْدًا لَا يَجِبُ عليه خِدْمَةُ الْأَبِ وَكَذَلِكَ إنْ كان الِابْنُ مُكَاتَبًا لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ خِدْمَةُ أبيه فَكَانَ كَالْأَجْنَبِيِّ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ امْرَأَتَهُ لِتَخْدُمَهُ كُلَّ شَهْرٍ بِأَجْرٍ مُسَمًّى لم يَجُزْ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْبَيْتِ عليها فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَسَّمَ الْأَعْمَالَ بين عَلِيٍّ وَفَاطِمَةَ رضي اللَّهُ عنهما فَجَعَلَ ما كان دَاخِلَ الْبَيْتِ على فَاطِمَةَ رضي اللَّهُ عنها وما كان خَارِجَ الْبَيْتِ على عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه فَكَانَ هذا اسْتِئْجَارًا على عَمَلٍ وَاجِبٍ فلم يَجُزْ وَلِأَنَّهَا تَنْتَفِعُ بِخِدْمَةِ الْبَيْتِ وَالِاسْتِئْجَارُ على عَمَلٍ يَنْتَفِعُ بِهِ الْأَجِيرُ غَيْرُ جَائِزٍ وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الزَّوْجَةِ على رَضَاعِ وَلَدِهِ منها لِأَنَّ ذلك اسْتِئْجَارٌ على خِدْمَةِ الْوَلَدِ وَإِنَّمَا اللَّبَنُ يَدْخُلُ فيه تَبَعًا على ما ذَكَرْنَا فَكَانَ الِاسْتِئْجَارُ على أَمْرٍ عليها فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلِأَنَّ الزَّوْجَةَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلنَّفَقَةِ على زَوْجِهَا وَأُجْرَةُ الرَّضَاعِ تَجْرِي مَجْرَى النَّفَقَةِ فَلَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَتَيْنِ على زَوْجِهَا حتى لو كان لِلْوَلَدِ مَالٌ فَاسْتَأْجَرَهَا لِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا منه من مَالِ الْوَلَدِ جَازَ كَذَا رَوَى ابن رُسْتُمَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لها على الْوَلَدِ فَلَا يَكُونُ فيه اسْتِحْقَاقُ نَفَقَتَيْنِ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لِوَلَدِهِ من ذَوَاتِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ اللَّاتِي لَهُنَّ حَضَانَتُهُ جَازَ لِأَنَّهُ ليس عَلَيْهِنَّ خِدْمَةُ الْبَيْتِ وَلَا نَفَقَةَ لَهُنَّ على أَبِ الْوَلَدِ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الزَّوْجَةِ لِتُرْضِعَ وَلَدَهُ من غَيْرِهَا لِأَنَّهُ ليس عليها خِدْمَةُ وَلَدِ غَيْرِهَا

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ على إرْضَاعِ وَلَدِهِ خَادِمَ أُمِّهِ فَخَادِمُهَا بِمَنْزِلَتِهَا فما جَازَ فيها جَازَ في خَادِمِهَا وما لم يَجُزْ فيها لم يَجُزْ في خَادِمِهَا لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحِقَّةُ لِمَنْفَعَةِ خَادِمِهَا فَصَارَ كَنَفَقَتِهَا وَكَذَا مُدَبَّرَتُهَا لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَنَافِعَهَا فَإِنْ اسْتَأْجَرَ مُكَاتَبَتَهَا جَازَ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ مَنَافِعَ الْمُكَاتَبَةِ فَكَانَتْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا لِيَخْدُمَهَا في الْبَيْتِ بِأَجْرٍ مُسَمًّى فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ

خِدْمَةَ الْبَيْتِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ على الزَّوْجِ فَكَانَ هذا اسْتِئْجَارًا على أَمْرٍ غَيْرِ وَاجِبٍ على الْأَجِيرِ وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَتْهُ لِرَعْيِ غَنَمِهَا لِأَنَّ رَعْيَ الْغَنَمِ لَا يَجِبُ على الزَّوْجِ وَإِنْ شِئْت عَبَّرْت عن هذا الشَّرْطِ فَقُلْت وَمِنْهَا أَنْ لَا يَنْتَفِعَ الْأَجِيرُ بِعَمَلِهِ فَإِنْ كان يَنْتَفِعُ بِهِ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ وَلِهَذَا قُلْنَا إنَّ الثَّوَابَ على الطَّاعَاتِ من طَرِيقِ الْإِفْضَالِ لَا الِاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِيمَا يَعْمَلُهُ من الْقُرُبَاتِ وَالطَّاعَاتِ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { من عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ } وَمَنْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ على غَيْرِهِ وَعَلَى هذه الْعِبَارَةِ أَيْضًا يُخَرَّجُ الِاسْتِئْجَارُ على الطَّاعَاتِ فَرْضًا كانت أو وَاجِبَةً أو تَطَوُّعًا لِأَنَّ الثَّوَابَ مَوْعُودٌ لِلْمُطِيعِ على الطَّاعَةِ فَيَنْتَفِعُ الْأَجِيرُ بِعَمَلِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَطْحَنَ له قَفِيزًا من حِنْطَةٍ بِرُبُعٍ من دَقِيقِهَا أو لِيَعْصِرَ له قَفِيزًا من سِمْسِمٍ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ من دُهْنِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَجِيرَ يَنْتَفِعُ بِعَمَلِهِ من الطَّحْنِ وَالْعَصْرِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ

وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ وَلَوْ دَفَعَ إلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْحَائِكَ يَنْتَفِعُ بِعَمَلِهِ وهو الْحِيَاكَةُ وَكَذَا هو في مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ فَكَانَ الِاسْتِئْجَارُ عليه مَنْهِيًّا وإذا حَاكَهُ فَلِلْحَائِكِ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ لِاسْتِيفَائِهِ الْمَنْفَعَةَ بِأُجْرَةٍ فَاسِدَةٍ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا بِبَلْخٍ جَوَّزَ هذه الْإِجَارَةَ وهو محمد بن سَلَمَةَ وَنَصْرُ بن يحيى

وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مَقْصُودَةً يُعْتَادُ اسْتِيفَاؤُهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَيَجْرِي بها التَّعَامُلُ بين الناس لِأَنَّهُ عَقْدٌ شُرِعَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس وَلَا حَاجَةَ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فيه لِلنَّاسِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ عليها وَالِاسْتِظْلَالِ بها لِأَنَّ هذه مَنْفَعَةٌ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ من الشَّجَرِ

وَلَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةَ شَجَرَةٍ ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الشَّجَرَةَ لِتَبْقِيَةِ ذلك فيه لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ من الشَّجَرِ هذا النَّوْعُ من الْمَنْفَعَةِ وهو تَبْقِيَةُ الثَّمَرِ عليها فلم تَكُنْ مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً عامة (((عادة))) وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ التي فيها ذلك الشَّجَرِ يَصِيرُ مُسْتَأْجَرًا بِاسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الشَّجَرِ

وقال أبو يُوسُفَ إذَا اسْتَأْجَرَ ثِيَابًا لِيَبْسُطَهَا بِبَيْتٍ لِيُزَيِّنَ بها وَلَا يَجْلِسُ عليها فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ بَسْطَ الثِّيَابِ من غَيْرِ اسْتِعْمَالٍ

لَيس مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً عَادَةً وقال عَمْرٌو عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَجْنُبَهَا يَتَزَيَّنُ بها فَلَا أَجْرَ عليه لِأَنَّ قَوْدَ الدَّابَّةِ لِلتَّزَيُّنِ ليس بِمَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِيُزَيِّنَ الْحَانُوتَ وَلَا اسْتِئْجَارُ الْمِسْكِ وَالْعُودِ وَغَيْرِهِمَا من الْمَشْمُومَاتِ لِلشَّمِّ لِأَنَّهُ ليس بِمَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُعْتَادُ اسْتِيفَاؤُهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مَحَلِّ الْمَعْقُودِ عليه فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضَ المؤاجرة (((المؤاجر))) إذَا كان مَنْقُولًا فَإِنْ لم يَكُنْ في قَبْضِهِ فَلَا تَصِحُّ إجَارَتُهُ لِنَهْيِ النبي عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ وَالْإِجَارَةُ نَوْعُ بَيْعٍ فَتَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ وَلِأَنَّ فيه غَرَرَ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ لِاحْتِمَالِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ فَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ فَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ وقد نهى رسول اللَّهِ عن بَيْعٍ فيه غَرَرٌ وَإِنْ لم يَكُنْ مَنْقُولًا فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ

الْمَعْرُوفِ في بَيْعِ الْعَيْنِ أنها تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَلَا تَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَقِيلَ في الْإِجَارَةِ لَا تَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى ما يُقَابِلُ الْمَعْقُودَ عليه وهو الْأُجْرَةُ وَالْأُجْرَةُ في الْإِجَارَاتِ مُعْتَبَرَةٌ بِالثَّمَنِ في الْبِيَاعَاتِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْعَقْدَيْنِ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فما يَصْلُحُ ثَمَنًا في الْبِيَاعَاتِ يَصْلُحُ أُجْرَةً في الْإِجَارَاتِ وما لَا فَلَا وهو أَنْ تَكُونَ الْأُجْرَةُ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْلُومًا وَغَيْرَ ذلك مِمَّا ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَالْأَصْلُ في شَرْطِ الْعِلْمِ بِالْأُجْرَةِ قَوْلُ النبي من اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ وَالْعِلْمُ بِالْأُجْرَةِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْإِشَارَةِ وَالتَّعْيِينِ أو بِالْبَيَانِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْأَجْرَ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان شيئا بِعَيْنِهِ وَإِمَّا إنْ كان بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَإِنْ كان بِعَيْنِهِ فإنه يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالْإِشَارَةِ وَلَا يُحْتَاجُ فيه إلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ سَوَاءٌ كان مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ أو مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَيَكُونُ تَعْيِينُهَا كِنَايَةً عن ذِكْرِ الْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا لِأَنَّ الْمُشَارَ إلَيْهِ إذَا كان مِمَّا له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَحْتَاجُ إلَى بَيَانِ مَكَانِ الْإِيفَاءِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ كان بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَإِنْ كان مِمَّا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في الْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَةِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ والثياب (((والثياب))) لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِبَيَانِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ من ذلك الْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ إلَّا أَنَّ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ إذَا لم يَكُنْ في الْبَلَدِ إلَّا نَقْدٌ وَاحِدٌ لَا يُحْتَاجُ فيها إلَى ذِكْرِ النَّوْعِ وَالْوَزْنِ ويكتفي بِذِكْرِ الْجِنْسِ وَيَقَعُ على نَقْدِ الْبَلَدِ وَوَزْنِ الْبَلَدِ وَإِنْ كان في الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ يَقَعُ على النَّقْدِ الْغَالِبِ وَإِنْ كان فيه نُقُودٌ غَالِبَةٌ لَا بُدَّ من الْبَيَانِ فَإِنْ لم يُبَيِّنْ فَسَدَ الْعَقْدُ وَلَا بُدَّ من بَيَانِ مَكَانِ الْإِيفَاءِ فِيمَا له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يُشْتَرَطُ ذلك وَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَهَلْ يُشْتَرَطُ الْأَجَلُ فَفِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ لَا يُشْتَرَطُ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ كما تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا بِطَرِيقِ السَّلَمِ تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مُطْلَقًا لَا بِطَرِيقِ السَّلَمِ بَلْ بِطَرِيقِ الْقَرْضِ فَكَانَ لِثُبُوتِهَا أَجَلَانِ فَإِنْ ذَكَرَ الْأَجَلَ جَازَ وَثَبَتَ الْأَجَلُ كَالسَّلَمِ وَإِنْ لم يذكر جَازَ كَالْقَرْضِ
وَأَمَّا في الثِّيَابِ فَلَا بُدَّ من الْأَجَلِ لِأَنَّهَا لَا تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ إلَّا مُؤَجَّلًا فَكَانَ لِثُبُوتِهَا أَجَلٌ وَاحِدٌ وهو السَّلَمُ فَلَا بُدَّ فيها من الْأَجَلِ كَالسَّلَمِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَاتِ كَالْحَيَوَانِ فإنه لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِذِكْرِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا في الْبِيَاعَاتِ فَلَا يَصْلُحُ أُجْرَةً في الْإِجَارَاتِ وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ في الْأُجْرَةِ قبل الْقَبْضِ إذَا وَجَبَتْ في الذِّمَّةِ حُكْمُ التَّصَرُّفِ في الثَّمَنِ قبل الْقَبْضِ إذَا كان دَيْنًا وقد بَيَّنَّا ذلك في كِتَابِ الْبُيُوعِ وإذا لم يَجِبْ بِأَنْ لم يُشْتَرَطْ فيها التَّعْجِيلُ فَحُكْمُ التَّصَرُّفِ فيها نَذْكُرُهُ في بَيَانِ حُكْمِ الْإِجَارَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ عز وجل وما كان منها عَيْنًا مُشَارًا إلَيْهَا فَحُكْمُهُ حُكْمُ الثَّمَنِ إذَا كان عَيْنًا حتى لو كان مَنْقُولًا لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبل الْقَبْضِ وَإِنْ كان عَقَارًا فَعَلَى الِاخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ في كِتَابِ الْبُيُوعِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ وَهِيَ من مَسَائِلِ الْبُيُوعِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ وَبِطَعَامِهِ أو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ وَبِعَلْفِهَا لم يَجُزْ لِأَنَّ الطَّعَامَ أو الْعَلَفَ يَصِيرُ أُجْرَةً وهو مَجْهُولٌ فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ مَجْهُولَةً وَالْقِيَاسُ في اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِجَهَالَةِ الْأُجْرَةِ وَهِيَ الطَّعَامُ وَالْكِسْوَةُ إلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ اسْتَحْسَنَ الْجَوَازَ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُهُ عز وجل { وَعَلَى الْمَوْلُودِ له رِزْقُهُنَّ

وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما إذَا كانت الْوَالِدَةُ مَنْكُوحَةً أو مُطَلَّقَةً وَقَوْلُهُ عز وجل { وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذلك } أَيْ
